

MISSBRAUCH DER VERTRETUNGSMACHT,
INSBESONDERE IM GESELLSCHAFTSRECHT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von Günter Frieling
Referendar aus Höxter

1961

7525/61

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fikentscher

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Dekan : Prof. Dr. Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Dezember 1960

MEINER MUTTER

III

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	Seite:
§ 1 Einleitung: Das Problem	1

I. T e i l.

Der Mißbrauch der bürgerlichrechtlichen
Vollmacht.

§ 2 Die Behandlung der Frage durch die Recht- sprechung	5
§ 3 Die Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung	11
§ 4 Der Lösungsversuch mit der Lehre vom Ver- schulden beim Vertragsschluß.	25
§ 5 Der eigene Vorschlag.	33

II. T e i l.

Der Mißbrauch der gesellschaftsrechtlichen
Vertretungsmacht.

§ 6 Die besondere Vertreterstellung der einzelnen Gesellschaftsorgane	45
§ 7 Die Kollusionsfälle	52
§ 8 Das treulose Handeln des Gesellschaftsorgans und die fahrlässige Unkenntnis des Geschäfts- gegners.	59
§ 9 Das pflichtwidrige Handeln des Gesellschafts- organs	71
§ 10 Das unbewußt interessenwidrige Handeln des Gesellschaftsorgans.	74
§ 11 Ergebnis	80



SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS.

- ALBERMANN, Paul : Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, Diss. jur. Köln 1935.
- BALLERSTEDT, Kurt : Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, in ACP 151. Bd., 1950/1951, S. 501 - 531.
- BAUER - MENGELBERG : Anmerkung zu RG in JW 1931, S. 2229.
- BAUMBACH - DUDEN : Kurzkommentar zum Handelsgesetzbuch, 13. Auflage, München und Berlin 1959.
- BAUMBACH - HUECK : Kurzkommentar zum Aktiengesetz, 10. Auflage, München und Berlin 1959.
- BAUMBACH - HUECK : Kurzkommentar zum GmbH - Gesetz, 8. Auflage, München und Berlin 1957.
- BÄUMER, Walter : Der Vollmachtsmißbrauch und das Problem der abstrakten Vollmacht, Diss. jur. Köln 1939.
- BERGER, Hans : Zur Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht, Diss. jur. Köln 1936.
- BEYERLE, Franz : Die Treuhand im Grundriß des deutschen Privatrechts, Weimar 1932.
- BOEHMER, Gustav : Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2. Abt., Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, Tübingen 1952.
- BRODMANN, Erich : Aktiengesetz, Kommentar, Berlin und Leipzig 1928.
- COHN, L. : Untersuchungen zu § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Gruchot 43. Jahrgg., 1899, S. 376 - 427.
- CRÜGER - CRECELIUS : Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Systematische Darstellung und Kommentar, 6. Auflage, Berlin und Leipzig 1922.
- DANZ, Erich : Zur Willens- und Erklärungstheorie des Bürgerlichen Gesetzbuches, in DJZ XI. Jahrgg., 1906, Sp. 1277 - 1283.
- DITTMAR, Erich : Mißbrauch der Vollmacht, Diss. jur. Göttingen 1931.

VI.

- DÜRINGER - HACHENBURG: Das Handelsgesetzbuch, II. Bd., 2. Hälfte, 3. Auflage erläutert von Julius Flechtheim, Mannheim/Berlin/Leipzig 1932.
- ECKNER, Herbert : Der Mißbrauch der Stellvertretung, Diss. jur. Rostock 1937.
- EGGER, August : Mißbrauch der Vertretungsmacht in Beiträgen zum Handelsrecht, Festgabe für Carl Wieland, S. 47 - 65, Basel 1934.
- ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Hans Carl Nipperdey,
1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959,
2. Halbband, 14. Auflage, Tübingen 1955,
Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Tübingen 1958.
- ERMAN, Walter : Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 104-144 bearbeitet von Harry Westermann, 2. Auflage, Münster 1958.
- FIKENTSCHER, Wolfgang: Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958.
- GADOW-HEINICHEN-E. SCHMIDT - W. SCHMIDT - WEIPERT: Kommentar zum Aktiengesetz, Berlin 1939.
- von GIERKE, Julius : Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Auflage, Berlin 1958.
- GOTTSCHALK, Alfred : Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1903.
- GROß, Richard : Mißbrauch der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht und Schutz Dritter, Diss. jur. München 1950, Masch. Schr.
- HACHENBURG, Max : Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, §§ 35 - 44 bearbeitet von Wolfgang Schilling, 2. Bd., 1. Lieferung, 6. Auflage, Berlin 1957.
- HAMBURGER, Max : Treu und Glauben im Verkehr, Mannheim/Berlin/Leipzig 1930.

VII.

- HAMMEL, Ernst : Wann wirkt bei der Vertretungsmacht die bloße Überschreitung des zwischen Vertreter und Vertretenem bestehenden Innenverhältnisses auf das Außenverhältnis zwischen Vertretenem und Drittem ein? In JW 62. Jahrgg., 1933, S. 2875 - 2878.
- HEDEMANN, Justus-Wilhelm: Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933.
- HEZEL, Friedrich : Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, Diss. jur., Tübingen 1937.
- HILDEBRANDT, Heinz : Erklärungshaftung, Berlin und Leipzig 1931.
- HÖLDER, Eduard : Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1900.
- HOENIGER, H. : Kann der Generalbevollmächtigte im Namen des Vertretenen für seine eigene Schuld bürgen? In DJZ XV. Jahrgg., 1910, Sp. 1347 - 1348.
- HUECK, Alfred : Das Recht der offenen Handels-
gesellschaft, 2. Auflage,
Berlin 1951.
- : Der Treuegedanke im modernen
Privatrecht, München 1947.
- KIPP, Theodor : Zur Lehre von der Vertretung ohne
Vertretungsmacht, in "Die Reichsgerichts-
praxis im deutschen Rechtsleben", II. Bd.,
S. 273 - 292, Berlin und Leipzig 1929.
- KLAS, Albert : Die Kollusion des Stellvertreters mit
dem Geschäftsgegner, Diss. jur. Göttingen
1934.
- KUHR, Helmut : Der Mißbrauch der Vertretungsmacht in
seinen Wirkungen zwischen Auftraggeber
und Drittem, Diss. jur. Göttingen 1930.
- LABAND, P. : Die Stellvertretung bei dem Abschluß
von Rechtsgeschäften nach dem allgem.
Deutsch. Handelsgesetzbuch, in ZHR
10. Bd., 1866, S. 183 - 241.
- LARENZ, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd.,
Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München
und Berlin 1958.
- LEHMANN, Heinrich : Allgemeiner Teil des
Bürgerlichen Gesetzbuches, 11. Auflage,
Berlin 1958.

VIII.

- LEHMANN, Heinrich : Anmerkung zu BGH in JZ 1955, S. 158.
- : Anmerkung zu RG in JW 1934, S. 683.
- : Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1959.
- LEONHARD, Franz : Allgemeines Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1929.
- von LEYDEN : Die sogenannte Culpa -Compensation im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1902.
- LIEBMANN-SAENGER : Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Auflage, Berlin 1927.
- MEYER, Herbert : Öffentliches und Privatrecht nach germanischer Anschauung, in ZAKDR 2. Jahrgg., 1935, S. 49 - 55.
- MEYER - MEULENBERGH : Kurzkomentar zum Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften 8. Auflage, München und Berlin 1956.
- NITZSCHE, Helmut : Die Überschreitung der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten und die Abgrenzung der Überschreitung vom Mißbrauch der Vertretungsmacht, Diss. jur. Jena 1939.
- OERTMANN, Paul : Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein, in ZHR 23. Band, 1930, S. 443 - 485.
- : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin 1927.
- PALANDT, Otto : Kurzkomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1 - 432 bearbeitet von Bernhard Danckelmann, 18. Auflage, München und Berlin 1959.
- PARISIUS - CRÜGER - CRECELIUS: Kommentar zum Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 12. Auflage von Fritz Citron, Berlin und Leipzig 1932.
- PLANCK : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz,
I. Bd., Allgemeiner Teil, §§ 104 - 185 bearbeitet von Flad, 4. Auflage, Berlin 1913,
II. Bd., 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Siber, 4. Auflage, Berlin 1914.

IX.

- PREDARI : Zwei Fragen aus dem Gebiete des Geschäftsabschlusses in sich selbst (§ 181 BGB), in Gruchot 63. Jahrgg., 1919, S. 675 - 694.
- PROTOKOLLE : Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I., Berlin 1897.
- RABENALT, Kurt : Mißbrauch der Vertretungsmacht und Selbstabschluß, Diss. jur. Heidelberg 1952, Masch. Schr.
- REICHSGERICHTSRÄTE - KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch: herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern,
I. Band, Allgemeiner Teil, Lieferung 2: §§ 104 - 240, §§ 158 - 185 bearbeitet von Georg Kuhn, 11. Auflage, Berlin 1959,
II. Band, Recht der Schuldverhältnisse II, §§ 823, 853 bearbeitet von Friedrich Oegg, 10. Auflage, Berlin 1953.
- REICHSGERICHTSRÄTE - KOMMENTAR zum Handelsgesetzbuch: früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Bd. bearbeitet von Otto Weipert, 2. Auflage, Berlin 1950.
- RINCK, Gerd : Pflichtwidrige Vertretung, Diss. jur. Halle-Wittenberg 1936.
- RITTER, Carl : Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, München und Berlin 1932.
- ROITZSCH, Günter : Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, insbesondere bei Drittverhältnissen zwischen einer offenen Handelsgesellschaft und ihren Teilhabern, Diss. jur. Heidelberg 1949, Masch. Schr.
- RÜMELIN, M. : Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, in ACP 93. Bd., 1902, S. 131 - 308.
- SCHLEGELBERGER : Kommentar zum Handelsgesetzbuch, erläutert von Geßler - Hefermehl - Hildebrandt - Schröder, II. Bd., 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1955.
- SCHOLZ, Franz : Kommentar zum GmbHGesetz, 2. Auflage, Köln 1950.
- VON SEELER, W. : Vollmacht und Scheinvollmacht, in Arch f Bürg R 28. Bd., 1906, S. 1-52.

- SIEBERT, Wolfgang : Anmerkung zu RG in JW 1935, S. 1012.
- : Zur Lehre vom M i ß b r a u c h der Vertretungsmacht, in ZStW 95. Bd., 1935 S. 629 - 655.
- SOERGEL, Hs. Th. : Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, I. Bd., §§ 1 - 432, §§ 104 - 185 bearbeitet von Lindenmaier, §§ 186 - 240, 242 bearbeitet von Siebert, 8. Auflage, Stuttgart und Köln 1952.
- STAUB : Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Bd., §§ 105 - 177 bearbeitet von Albert Pinner, Berlin und Leipzig 1932.
- STAUDINGER : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
I. Bd., Allgemeiner Teil, erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing, 11. Auflage, Berlin 1957,
II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, erläutert von Alfred Werner, 9. Auflage, München, Berlin und Leipzig 1930.
- STOLL, Heinrich : Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, in Festschrift für Heinrich Lehmann, S. 115 - 139, Berlin 1937.
- STÜMPFLER, Hermann : Mißbrauch und Fehlgebrauch der Vollmacht, Diss. jur. München 1952, Masch. Schr.
- von TUHR, Andreas : Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.,
I. Hälfte, München und Leipzig 1914,
II. Hälfte, München und Leipzig 1918.
- VOGEL, Hermann : Kommentar zum GmbH Gesetz, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1956.
- WEISER, Klaus : Der Mißbrauch der Vertretungsmacht unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der offenen Handelsgesellschaft, Diss. jur. Göttingen 1953, Masch. Schr.
- WEISS, Wolf-Dietrich : Der Mißbrauch der Vertretungsmacht, Diss. jur. Frankfurt a.M. 1950, Masch. Schr.
- WELLSPACHER, Moriz : Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, Wien 1906.
- WENDT : Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Bürgerliches Gesetzbuch § 276, in ACP 87. Bd., 1897, S. 422 - 452.

XI.

ABKÜRZUNGEN

ACP	=	Archiv für die civilistische Praxis.
DJZ	=	Deutsche Juristen - Zeitung.
Gruchot	=	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J.A. Gruchot.
HRR	=	Höchststrichterliche Rechtsprechung.
JW	=	Juristische Wochenschrift.
JZ	=	Juristenzeitung.
LZ	=	Leipziger Zeitschrift.
Recht	=	Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Seuff Arch	=	J.A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
VAE	=	Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen (1./2. 1936/37 - 16. 1944).
Warn Rspr	=	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Otto Warneyer.
ZakDR	=	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.
ZHR	=	Zeitschrift für das gesamte handelsrecht und Konkursrecht.
ZStW	=	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.

Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung ist die Anerkennung der Lehre von der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht vom Grundverhältnis. Diese Lehre ist in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts besonders von Laband ¹⁾ herausgearbeitet worden und hat sich in Rechtsprechung und Literatur so durchgesetzt, daß sie heute zu den Grundlagen der deutschen Rechtswissenschaft gezählt werden kann. Danach sind Grundverhältnis und Vertretungsmacht zwei streng zu unterscheidende Rechtsverhältnisse, die in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen verschieden sind. Sowohl für ihr Entstehen, als auch für ihren Umfang gelten eigene Regeln. Das Grundverhältnis ist das zwischen Vertreter und Vertretenem bestehende Rechtsverhältnis, woraus sich die Rechts- und Pflichtstellung des Vertreters gegenüber seinem Geschäftsherrn ergibt. Es beantwortet insbesondere die Frage, inwieweit der Vertreter von der ihm eingeräumten Vertretungsmacht Gebrauch machen darf, ohne seine Pflichten gegenüber dem Auftraggeber zu verletzen. Die Vertretungsmacht bedeutet hingegen die rechtliche Fähigkeit des Vertreters, durch eine Vertretungshandlung für den Vertretenen unmittelbar Rechte und Pflichten gegenüber Dritten zu begründen.

Aus dieser strengen Unterscheidung zwischen Grund- und Außenverhältnis ergibt sich die Problematik der Mißbrauchsfälle. Ein Mißbrauch der Vertretungsmacht liegt vor, wenn der Vertreter zwar im Rahmen der nach außen hin gegebenen Machtbefugnisse handelt, er aber gleichzeitig die sich aus dem Innenverhältnis ergebende Pflichtstellung gegenüber dem Vertretenen verletzt. Hier entsteht die Frage, ob der Dritte (Geschäftsgegner) sich gegenüber dem Vertretenen auf das von dem Vertreter getätigte Rechtsgeschäft berufen kann. Es scheint, daß nach den Grundsätzen über die Unabhängigkeit der Vertretungsmacht die Entscheidung immer

1) Laband, S. 183 ff.

zu Gunsten des Geschäftsgegners ausfallen muß. Dabei käme man aber vielfach zu unbilligen Ergebnissen, da auch der unredliche Geschäftsgegner geschützt würde. Ein Schutz des unredlichen Verkehrs sollte jedoch durch den Grundsatz der Unabhängigkeit nicht ermöglicht werden. Daher haben Rechtsprechung und Schrifttum besonders in den bürgerlichrechtlichen Mißbrauchsfällen im Laufe der Rechtsentwicklung immer stärker dazu geneigt, dem Schutzbedürfnis des Vertretenen Rechnung zu tragen. Das Ziel dieser Rechtsauffassung ist in erster Linie, zwischen den Interessen des Vertretenen und denen des Geschäftsgegners einen gerechten Ausgleich zu schaffen.

Aber auch bei der Lösung der gesellschaftsrechtlichen Mißbrauchsfälle hat man sich seit dem Erscheinen der bekannten Abhandlung von Kipp "Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht" immer mehr um einen billigen Interessenausgleich bemüht, obwohl die abstrakte Natur der Vertretungsmacht im Gesellschaftsrecht besonders stark in Erscheinung tritt. Sie äußert sich in dem Grundsatz, daß die Vertretungsmacht der organschaftlichen Vertreter mit Wirkung gegen Dritte nicht beschränkt werden kann. Eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis ist hingegen zulässig. Hier hat der Vertreter in gesteigertem Maße die Möglichkeit, unter Verletzung seiner Pflichten gegenüber der Gesellschaft ein Geschäft vorzunehmen, das die Gesellschaft bindet. Da die Gefahr eines Mißbrauchs im Gesellschaftsrecht somit besonders groß ist, besteht hier ein erhöhtes Interesse der vertretenen Gesellschaft, vor den Rechtswirkungen eines mißbräuchlich vorgenommenen Geschäfts geschützt zu werden. Andererseits hat der Gesetzgeber mit dem Grundsatz der Unbeschränkbarkeit das Interesse des Geschäftsgegners an der Wirksamkeit des abgeschlossenen Geschäfts sehr hervorgehoben. Der Interessengegensatz zwischen Vertretenem und Drittem, der auch bei der Lösung der Mißbrauchsfälle im bürgerlichen Recht die Hauptschwierigkeit bildet, zeigt sich daher im Gesellschaftsrecht besonders deutlich.

Die vorliegende Untersuchung bemüht sich, diesen Interessengegensatz in rechtsdogmatisch befriedigender Form zu lösen. Die Behandlung der gesellschaftsrechtlichen Mißbrauchsfälle setzt

voraus, daß zunächst die grundlegenden Fragen beim bürgerlich-rechtlichen Vollmachtsmißbrauch geklärt werden. Daher werden im ersten Teil dieser Arbeit die verschiedenen Lösungsversuche im bürgerlichen Recht erörtert. Hierbei zeigt sich, daß eine weitgehende Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen erreicht wird, wenn man die allgemeinen Grundsätze der Lehre von der culpa in contrahendo anwendet und gleichzeitig das Mitverschulden des Vertreters berücksichtigt. Es soll dargestellt werden, daß andere Lösungsversuche aus rechtsdogmatischen Erwägungen bedenklich sind und auch nicht zu dem gewünschten Ergebnis führen. Dies gilt sowohl für die Lösung des Reichsgerichts mit Hilfe der exceptio doli, als auch für die analoge Anwendung der Regeln über die Stellvertretung. Im ersten Teil kann sich die Untersuchung in der Hauptsache auf die besonders diskutierten Fälle beschränken, in denen der Bevollmächtigte ein Rechtsgeschäft bewußt zum Nachteil seines Machtgebers vornimmt und der Geschäftsgegner den Mißbrauch erkennen mußte. Auf der Grundlage der beim Vollmachtsmißbrauch gefundenen Ergebnisse wird im zweiten Teil der Arbeit eine Lösung der gesellschaftsrechtlichen Mißbrauchsfälle versucht. Ähnlich wie im ersten Teil steht hier die bisher noch nicht genügend geklärte Frage im Vordergrund, ob der Geschäftsgegner Rechte gegen die vertretene Gesellschaft geltend machen kann, wenn er das treulose (bewußt interessenwidrige) Verhalten des organschaftlichen Vertreters erkennen mußte. Die Meinungen zu dieser Frage sind geteilt. Die eine Auffassung beruft sich auf die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht und erklärt die treulose Verletzung der Geschäftsführungsbefugnis im Verhältnis des (fahrlässig handelnden) Dritten zur Gesellschaft für unbeachtlich. - Nach der heute überwiegenden Gegenansicht ist der Dritte wegen seines fahrlässigen Verhaltens nicht schutzwürdig und kann aus dem Rechtsgeschäft keine Rechte gegen die Gesellschaft herleiten.

Während die erste Meinung zu wenig die Interessen der Gesellschaft betont, berücksichtigt die zweite Auffassung zu wenig die Verkehrsinteressen. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Anschauung kann die Gesellschaft zwar verlangen, daß der Geschäftsgegner seine erworbene Rechtsstellung nicht geltend macht,

muß aber in diesem Fall dem Geschäftsgegner den Schaden ersetzen, der diesem im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts entstanden ist. Die Verteilung des Risikos beruht auf dem Gedanken, daß nicht nur der Geschäftsgegner die Vornahme des Geschäfts schuldhaft herbeigeführt hat, sondern vor allem das Gesellschaftsorgan, für dessen Verhalten die Gesellschaft einstehen muß. Die rechtstheoretische Begründung ergibt sich aus den Grundsätzen über die culpa in contrahendo: der Dritte haftet der Gesellschaft wegen Verschulden beim Vertragsschluß, kann sich aber auf das Mitverschulden des Vertreters berufen (§§ 254 I, 278 bzw. 31 BGB).

I. Teil.

Der Mißbrauch der bürgerlichrechtlichen Vollmacht.

§ 2 Die Behandlung der Frage durch die
Rechtsprechung.

Die Stellungnahme der Rechtsprechung zu den Mißbrauchsfällen beschränkte sich vor dem Inkrafttreten des BGB vorwiegend auf den Mißbrauch der handelsrechtlichen Vertretungsmacht. Hier hatte das Reichsoberhandelsgericht dem Dritten einen weitgehenden Schutz eingeräumt, indem es nur in den Kollusionsfällen die Unverbindlichkeit des Geschäfts bejahte ¹⁾. Als Mindesttatbestand der Kollusion wurde die Kenntnis des Dritten von dem treulosen Verhalten des Vertreters verlangt ²⁾.

Erst seit der Geltung des BGB beschäftigte sich die Rechtsprechung in zunehmendem Maße mit dem bürgerlichrechtlichen Vollmachtmißbrauch. Die von dem Reichsoberhandelsgericht auf dem Gebiete des Handelsrechts für die vorsätzliche Teilnahme des Dritten gewonnenen Grundsätze wurden von dem Reichsgericht auf das bürgerliche Recht übertragen. Danach ist der Dritte nicht schutzbedürftig, wenn er mit dem Vertreter zum Nachteil des Geschäftsherrn ausdrücklich zusammengewirkt hat oder zumindest die Schädigungsabsicht des Vertreters erkannte ³⁾. In dem Bestreben, stärker dem Schutzbedürfnis des Vertretenen Rechnung zu tragen, blieb die Rechtsprechung des Reichsgerichts jedoch nicht auf dieser Entwicklungsstufe stehen, sondern bemühte sich, die Zahl der erheblichen Mißbrauchsfälle über den Kollusionstatbestand hinaus zu erweitern. Das Reichsgericht sprach in vielen Entscheidungen den Grundsatz aus, daß auch die fahrlässige Unkenntnis des Geschäftsgegners von dem ungetreuen Verhalten des Vertreters eine

1) ROHG 5, 294 ff.; 6, 134 ff.; 7, 404; 9, 430 ff.; 15, 22; 19, 336.

2) ROHG 9, 432.

3) Vgl. RG, JW 1904, 482; RG, Warn Rspr 1909 Nr. 189.

Bindung des Vertretenen an das mißbräuchlich vorgenommene Rechtsgeschäft ausschließe ¹⁾.

Bereits in einem Urteil vom 28. Juni 1902 ²⁾ folgert das Reichsgericht aus dem "Begriff und der Rechtsnatur der Vollmacht", daß der Vollmachtgeber ein seinem Willen widersprechendes Rechtsgeschäft nicht gegen sich gelten lassen müsse, wenn der Dritte den abweichenden Willen gekannt hat oder hätte erkennen müssen. Obwohl hier schon die fahrlässige Unkenntnis des Dritten betont wird, zeigt dieses Urteil noch keinen grundlegenden Fortschritt gegenüber der früheren Rechtsprechung, da der Dritte in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt den Mißbrauch der Vollmacht kannte und bereits aus diesem Grunde keine Bindung des Geschäftsherrn vorlag ³⁾.

Einen entscheidenden Beitrag zu den bis dahin entwickelten Grundsätzen über den Vollmachtsmißbrauch bringt ein Urteil des Reichsgerichts vom 14. Juni 1909 ⁴⁾. Zunächst wird festgestellt, daß der Dritte nur die Vollmachtmäßigkeit des Geschäfts zu prüfen habe; um das von der Vollmacht streng zu unterscheidende Auftragsverhältnis brauche er sich nicht zu kümmern. Eine Ausnahme sei nur zu machen, wenn das Geschäft gegen das Interesse des Geschäftsherrn unter offenbarem, erkennbarem Mißbrauch der Vollmacht abgeschlossen sei oder der Dritte den Mißbrauch gekannt habe. In diesen Fällen könnten gegen den Machtgeber aus dem mißbräuchlich vorgenommenen Rechtsgeschäft keine Rechte hergeleitet werden. Das Reichsgericht ist in seiner Entscheidung bemüht, nicht zu hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Dritten zu stellen.

1) RG 71, 222; 75, 301; RG, Recht 1912, Nr. 889; RG 81, 261; RG, LZ 1914, 173, Nr. 2; RG 83, 353 = JW 1914, 300; RG, LZ 1918, 376, Nr. 8; RG, Seuff Arch 1920, Nr. 126; RG, HRR 1929, Nr. 84 = Seuff Arch 1929, Nr. 4; RG 130, 134; RG, JW 1931, 2229 f. = HRR 1931, Nr. 821 a; RG 134, 71 f.; RG, HRR 1933, Nr. 277; Nr. 992; RG 143, 201; RG 145, 315; RG JW 1936, 643 = Recht 1936, Nr. 1609; RG 159, 369.

2) RG 52, 96 ff.

3) Kipp, S. 282; Berger, S. 33.

4) RG 71, 219 ff.

Allein aus der Tatsache, daß der Bevollmächtigte eine Rechts-
handlung in eigenem Interesse vornehme, dürfe man nicht auf
einen offensichtlichen Mißbrauch der Vollmacht schließen. Die
Vornahme eines Rechtsgeschäftes könne sowohl dem Interesse des
Geschäftsherrn, als auch dem seines Bevollmächtigten entsprechen.
Dem Dritten obliege nicht die Pflicht nachzuprüfen, ob ein im
Interesse des Bevollmächtigten getätigtes Rechtsgeschäft auch
für den Machtgeber vorteilhaft sei. Keine Ausführungen macht
das Reichsgericht über den Grad der Fahrlässigkeit, der auf Sei-
ten des Dritten vorhanden sein muß, damit sich der Geschäftsherr
gegen die Ansprüche des Dritten erfolgreich wehren kann. Da das
Reichsgericht einen "offenbaren Mißbrauch" verlangt, kann davon
ausgegangen werden, daß leichte Fahrlässigkeit nicht genügen
soll. Das Reichsgericht gibt keine nähere Begründung für die
Rechtsgrundlage, auf die sich seine Entscheidung stützt. Es ge-
währt dem Geschäftsherrn keinen einheitlichen Rechtsbehelf,
sondern erwähnt verschiedene voneinander unabhängige Rechts-
folgen. Das Geschäft sei entweder unverbindlich, oder der Voll-
machtgeber könne es anfechten, oder er habe gegenüber dem An-
spruch des Dritten die Einrede der Arglist. Die Gewährung eines
Anfechtungsrechts ist mißverständlich, da für die Mißbrauchs-
fälle keiner der im BGB geregelten Tatbestände zutrifft, welche
die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung begründen. Der vom
Reichsgericht angeführte Rechtsbehelf kann daher nur untechnisch
verstanden werden ¹⁾ und gibt dem Geschäftsherrn nicht die Mög-
lichkeit, durch Erklärung gegenüber dem Dritten die Nichtigkeit
des Geschäfts herbeizuführen.

In einem anderen Urteil vom 15. Februar 1911 ²⁾ betont das Reichs-
gericht, daß Kenntnis und grobe Fahrlässigkeit des Dritten die
Unverbindlichkeit des Geschäfts bewirken. Welcher Grad der Fahr-
lässigkeit erheblich sein soll, ist auch aus diesem Urteil nicht
klar ersichtlich, da das Gericht in derselben Entscheidung an
anderer Stelle ³⁾ leichte Fahrlässigkeit des Dritten genügen läßt.
In seiner Begründung beruft sich das Reichsgericht auf die

1) Kipp, S. 287; Stümpfler, S. 46.

2) RG 75, 299 ff. (301).

3) RG 75, 301, letzter Satz.

gesetzlichen Vorschriften über die Stellvertretung. Ebenso wie dem Dritten in den Fällen der §§ 169 - 172 BGB ein erkennbares Erlöschen der Vollmacht schade, müsse ihm auch ein erkennbarer Vollmachtsmißbrauch zum Nachteil gereichen, da das Gesetz nur dem berechtigten Verkehrsinteresse Schutz gewähren wolle. ¹⁾

In seinen zahlreichen späteren Entscheidungen kommt das Reichsgericht nicht mehr auf diese Lösung des Problems mit Hilfe der Vorschriften über die Stellvertretung zurück, sondern stützt sich in zunehmendem Maße auf die Arglistenrede des § 826 BGB oder auf die exceptio doli im Rahmen des § 242 BGB. Die Anwendung allgemeiner Grundsätze wird allmählich in feststehender Rechtsprechung anerkannt ²⁾. Gleichzeitig werden an die Sorgfaltspflicht des Dritten immer höhere Anforderungen gestellt. Seit der Entscheidung des Reichsgerichts in RG 83, 348 ff. ³⁾ ist jedes fahrlässige Nichterkennen rechtserheblich. Dies zeige die in § 122 II BGB gegebene Begriffsbestimmung ⁴⁾. Mußte der Geschäftsgegner sich sagen, daß das Geschäft dem Willen und dem Interesse des Machtgebers nicht entspreche, so verdient er nach der Auffassung des Reichsgerichts keinen Schutz ⁵⁾. Die "Berufung auf die formelle Vertretungsmacht des Bevollmächtigten" verstieße dann gegen Treu und Glauben ⁶⁾. Während in RG 71, 219 ff. (223) eine allgemeine Nachprüfungspflicht bezgl. des Innenverhältnisses verneint worden war, bejaht das Reichsgericht in einem Urteil vom 9. Oktober 1935 ⁷⁾ aus dem "das ganze Schuldrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben" eine Erkundigungspflicht des Dritten, "wenn sich ihm bei redlicher Rücksichtnahme auf die Belange des Vollmachtgebers begründete Zweifel an der Treue des Bevollmächtigten aufdrängen mußten und ihm Schritte zur Aufklärung zuzumuten waren". Nach der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts hat der

1) Ebenso RG 81, 257 ff. (261).

2) RG, Seuff Arch., 1920, Nr. 126; RG, HRR 1929, Nr. 84 = Seuff Arch. 1929, Nr. 4; RG, JW 1931, 2229 f. = HRR 1931, Nr. 821a; RG 134, 71 f.; RG, HRR 1933, Nr. 277; Nr. 992; RG 143, 201; RG 145, 315; RG, JW 1936, 643 = Recht 1936, Nr. 1609.

3) Anders nur noch RG, LZ 1918, 376, Nr. 8, wo grobe Fahrlässigkeit verlangt wird.

4) RG 83, 353.

5) RG 134, 67 ff. (71).

6) RG 134, 71/72.

7) RG, JW 1936, 643 f. = Recht 1936, Nr. 1609.

Geschäftsgegner bei naheliegendem Verdacht einer mißbräuchlichen Ausnutzung der Vollmacht die Pflicht, sich bei dem Machtgeber über dessen Einverständnis zu erkundigen. Unterläßt er die Aufklärung mittels einer Anfrage beim Geschäftsherrn, so liegt in seinem Verhalten nach einem Urteil des Reichsgerichts vom 17. Januar 1934 ¹⁾ zumindest eine einfache Fahrlässigkeit. Eine noch stärkere Sorgfaltspflicht wird dem Dritten in einer Entscheidung vom 5. November 1934 auferlegt ²⁾. Hier betont das Reichsgericht nicht mehr, daß der Verdacht eines Mißbrauchs naheliegend gewesen sein müsse, sondern versagt dem Geschäftsgegner ganz allgemein dann den Schutz, wenn er die "Zweckfremdheit" des Rechtsgeschäfts "bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen mußte". - Eine solche allgemeine und weite Ausdehnung der Prüfungspflicht birgt die Gefahr in sich, daß das Risiko eines Mißbrauchs vorwiegend dem Dritten aufgebürdet wird. Hierzu stünde aber der gesetzlich aufgestellte Grundsatz von der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht in Widerspruch, der die Gefahr einer Überschreitung des Innenverhältnisses grundsätzlich dem Vertretenen auferlegt. Daher ist mit Recht vor einer Überspannung der Sorgfaltspflicht des Dritten gewarnt worden ³⁾. Besonders Lehmann ⁴⁾ hat hervor- gehoben, daß die Erkundigungspflicht des Geschäftsgegners richtig begrenzt werden muß. Dem Dritten darf keine allgemeine Nachprüfungspflicht bezüglich der internen Beziehungen zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber zugemutet werden. In Frage kommt nur, ob ein "erkennbar begründeter Verdacht" ⁵⁾ eines Mißbrauchs die Unverbindlichkeit des Rechtsgeschäfts zugunsten des Vollmachtgebers bewirkt.

Wenn das Reichsgericht auch in einigen Entscheidungen zu strenge Maßstäbe an die Prüfungspflicht des Dritten legte und somit das Schutzinteresse des Dritten zu wenig berücksichtigte, so hat es

1) RG 143, 196 ff. (201) = JW 1934, 683 f. (684) mit Anm. von Lehmann.

2) RG 145, 311 ff. (314).

3) Lehmann, Anm. zu RG, JW 1934, 683; Stoll, S. 117 f.; Roitzsch, S. 47.

4) A.a.O.

5) So Lehmann, a.a.O., S. 684.

doch entscheidend zu einer befriedigenden Lösung der Mißbrauchsprobleme beigetragen, indem es die erheblichen Mißbrauchsfälle nicht auf den Kollusionstatbestand beschränkte, sondern auch die fahrlässige Unkenntnis des Dritten für beachtlich hielt. Weniger überzeugt die rechtsdogmatische Begründung des Reichsgerichts. Bedenklich ist zunächst, wenn die Einrede der Arglist nach § 826 BGB auch in den nicht kollusionsmäßigen Fällen gewährt wird ¹⁾. § 826 BGB setzt notwendig vorsätzliches Verhalten des Geschäftsgegners voraus und kann bei fahrlässiger Schädigung nicht als Rechtsgrundlage dienen ²⁾. In der Mehrzahl seiner Entscheidungen hat sich das Reichsgericht auf den Einwand der allgemeinen Arglist gestützt (§ 242 BGB) ³⁾. Die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche, die der vorsätzlich oder fahrlässig handelnde Dritte durch den Abschluß mit dem treulosen Vertreter erworben habe, verstoße gegen Treu und Glauben und sei daher unzulässig. Diese Lösung des Problems mit Hilfe der exceptio doli befriedigt ebenfalls nicht. Der Grundsatz von Treu und Glauben darf nur dort angewandt werden, wo die spezielle gesetzliche Regelung nicht ausreicht, um zu einer billigen, der Interessenlage des Einzelfalles entsprechenden Entscheidung zu gelangen. Die Anwendung allgemeiner Grundsätze über das notwendige Maß hinaus hindert eine nüchterne und scharfe Begriffsbildung und führt zu einer Überbetonung des Rechtsgefühls, wodurch der in den speziellen Rechtsätzen hervortretende Wille des Gesetzgebers nicht genügend berücksichtigt wird ⁴⁾. Die Grenze zwischen Recht und Moral wird verwischt ⁵⁾. Es besteht die Gefahr einer Verweichlichung des Denkens, der Rechtsunsicherheit und der Willkür ⁶⁾. Diese Gefahr kann nur gebannt werden, wenn die Anwendung einer Generalnorm erst nach sorgfältiger Prüfung aller anderen in Frage kommenden Lösungsmöglichkeiten erfolgt. Es hätte näher gelegen, die Lösung der Mißbrauchs-

1) So RG 145, 311 ff. (315); dagegen mit Recht Siebert, Anm. zu RG, JW 1935, 1012 ff. (1014); Berger, S. 36; Bäumer S. 9.

2) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 236 II.2).

3) RG, Seuff Arch. 1920, Nr. 126; 1929, Nr. 4; RG, HRR 1931, Nr. 821a; 1933, Nr. 277; 1933, Nr. 992; RG 134, 71 f.; RG 143, 201; RG, JW 1936, 643.

4) V. Tuhr, § 64 II; Hedemann, S. 58; Hueck, Treuegedanke, S. 3 f.; Hezel, S. 55; Stümpfler S. 58.

5) Vgl. Protokolle I S. 240.

6) Hedemann, S. 66 ff.; Hueck, Treuegedanke S. 3 ff.

fälle mit den Vorschriften über die Stellvertretung zu begründen ¹⁾, oder mit der Lehre vom Verschulden beim Vertragsschluß. Die Eigenart der Mißbrauchsprobleme wird durch eine Berufung auf die exceptio doli generalis nicht erfaßt ²⁾, da die wahre Entscheidungsgrundlage verdeckt wird ³⁾.

§ 3 Die Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung.

a) Die Lehre Kipps und seiner Anhänger.

In der richtigen Erkenntnis, daß eine Lösung der Mißbrauchsprobleme mit Hilfe der exceptio doli wenig befriedigt, hat Kipp in seiner grundlegenden Darstellung "Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht" eine Anwendung der Vorschriften über den vollmachtlosen Vertreter (§§ 177 ff. BGB) vorgeschlagen ⁴⁾. Ein Rechtsgeschäft, das ein Vertreter in wissentlichem Mißbrauch seiner Vertretungsmacht vornehme, sei durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt, wenn der Dritte den Mißbrauch gekannt oder infolge von Fahrlässigkeit nicht gekannt habe. Es müsse als das Geschäft eines Vertreters ohne Vertretungsmacht angesehen werden und sei "je nach der Art des Geschäfts unheilbar unwirksam" oder von der Genehmigung des Vertretenen abhängig. Kipp hat leider für seine Ansicht keine nähere rechtsdogmatische Begründung gegeben. Gleichwohl fand seine Lehre bald Anhänger ⁵⁾. Besonders Hammel hat durch eine analoge Anwendung der §§ 169, 173 BGB nachzuweisen versucht, daß der Vorschlag Kipps im geltenden Recht eine Stütze findet.

In Anlehnung an eine Entscheidung des Reichsgerichts ⁶⁾ betont Hammel zunächst, daß in den §§ 169, 173 ein allgemeiner Rechtsgedanke enthalten sei, wonach das berechtigte Verkehrsinteresse

-
- 1) Zwar hat sich das Reichsgericht einmal in einer früheren Entscheidung (RG 75, 301) auf das Vertretungsrecht gestützt, diese Ansicht aber später stillschweigend fallengelassen; vgl. o.S. 8
 - 2) Vgl. Dittmar, S. 33; Hezel, S. 53 ff.; Albermann, S. 24 f.; Berger, S. 40; Bäumer, S. 9.
 - 3) Rinck, S. 116, Anm. 532.
 - 4) S. 287.
 - 5) Lehmann, § 36 VI. 4. Enneccerus - Nipperdey, § 183 I. 5. N. 23; Hammel, 2875 ff.
 - 6) RG 75, 301.

Schutz verdiene. Schutzbedürftig seien nicht nur die Interessen des Dritten, sondern auch die des Vertretenen. Befinde sich der Dritte nicht in schuldloser Unkenntnis von dem Mißbrauch der Vollmacht, so sei nur auf der Seite des Vertretenen ein berechtigtes Schutzinteresse vorhanden. In diesem Fall müsse daher nach dem Grundgedanken der §§ 169, 173 BGB das Interesse des Vertretenen den Ausschlag geben, und der Dritte könne keine Ansprüche aus dem Rechtsgeschäft herleiten. Trotz der grundsätzlichen Unabhängigkeit der Vollmacht bejaht Hammel eine Bindung zwischen Innen- und Außenverhältnis; denn der Geschäftsgegner müsse die internen Beziehungen zwischen Machtgeber und Bevollmächtigtem berücksichtigen, wenn er sie gekannt habe oder hätte erkennen können. Dieser Gedanke sei für den Fall des Erlöschens der Vollmacht in den §§ 169, 173 BGB enthalten. Er müsse durch analoge Anwendung jener Vorschriften auf jede Überschreitung des Innenverhältnisses ausgedehnt werden. In beiden Fällen sei der formell berechtigte Vertreter im Innenverhältnis zu der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht befugt. Es dürfe keinen Unterschied machen, ob die fehlende Berechtigung gegenüber dem Vollmachtgeber auf einem "Erlöschen der Vertretungsmacht im Innenverhältnis" oder auf einer anderen Verletzung der Geschäftsführungsbefugnis beruhe. Immer sei "im Innenverhältnis eine Überschreitung der nach außen wirkenden Vertretungsmacht" gegeben. - Diese Ausführungen sind insofern ungenau, als nicht scharf genug zwischen Vollmacht und Grundverhältnis unterschieden wird. Das Handeln auf Grund der Vollmacht ruft nur nach außen Rechtswirkungen hervor. Im Innenverhältnis kann nur die Geschäftsführungsbefugnis, nicht aber die Vollmacht erlöschen oder überschritten werden ¹⁾. Der Auffassung Hammels haben sich im wesentlichen Albermann ²⁾, Nitzsche ³⁾, Roitzsch ⁴⁾ und Groß ⁵⁾ angeschlossen. Diese Autoren unterscheiden jedoch genauer zwischen Innen- und Außenverhältnis. Eine ähnliche Ansicht vertritt Rinck ⁶⁾.

1) Gegen die ungenaue Ausdrucksweise Hammels wenden sich mit Recht: Albermann, S. 29; Bäumer, S. 14; Weiss, S. 17.

2) S. 29 ff.

3) S. 36.

4) S. 67.

5) S. 48 ff.

6) S. 115 f.

Rinck zieht den Umkehrschluß zu den Vorschriften, die den Schutz des guten Glaubens betreffen (§§ 173, 169 BGB, §§ 54 I, III, 55, 56, 87 HGB). Vollmacht gelte als erteilt, wenn der Dritte annehmen dürfe, daß der Geschäftsherr mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts einverstanden sei. Umgekehrt gelte Vollmacht als nicht erteilt, wenn der Dritte von dem fehlenden Einverständnis des Geschäftsherrn Kenntnis gehabt habe oder seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruhe. Wenn guter Glaube schütze, müsse böser Glaube schutzlos machen. Das mißbräuchlich vorgenommene Rechtsgeschäft sei nach § 177 BGB zu beurteilen und daher schwebend unwirksam.

Eine analoge Anwendung der §§ 169, 173 BGB in den Mißbrauchsfällen ist nicht gerechtfertigt, da diese Vorschriften wegen ihres Ausnahmecharakters keine Ausdehnung auf den Mißbrauchstatbestand zu lassen. Aus der engen Fassung des Gesetzes kann nicht entnommen werden, daß der Gesetzgeber eine Nachprüfungspflicht des Dritten in allen Fällen bejahen wollte, in denen ein Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht, aber außerhalb der Geschäftsführungsbefugnis vorliegt.

Zunächst ergibt sich eine solche Erkundigungspflicht des Dritten nicht aus § 169 BGB. Nach § 169 BGB wirkt eine Vollmacht, die zwar erloschen ist, aber nach den §§ 674, 729 BGB als weiterbestehend gilt, nicht zu Gunsten eines Dritten, der das Erlöschen der Vollmacht kennt oder kennen muß. § 674 BGB bezweckt den Schutz des Beauftragten, wenn sich dieser in schuldloser Unkenntnis von dem Erlöschen des Auftrags befindet. In diesem Fall gilt der Auftrag als fortbestehend. Der Beauftragte soll so vor den Folgen einer auftragslosen Geschäftsführung bewahrt werden und die Möglichkeit haben, nach § 670 BGB Ersatz seiner Aufwendungen zu verlangen. Entsprechendes gilt für den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 729 BGB). Der Schutz des Beauftragten wäre allerdings unvollkommen, wenn im Falle des § 674 BGB ein Handeln im Rahmen des Auftrags, aber ohne Vollmacht vorläge. Denn dann bestünden zwar volle Rechte gegen den Auftraggeber, aber der Dritte könnte den vollmachtlosen Vertreter nach § 179 I BGB in Anspruch nehmen, da dieser ohne Vertretungsmacht gehandelt hätte ¹⁾. Um den Beauftragten vor

1) Vgl. Planck-Flad, § 169; Oertmann, § 169 Bem. 3.

einer Inanspruchnahme nach § 179 BGB zu schützen, hat der Gesetzgeber auch den Fortbestand der Vollmacht angenommen (§§ 168, 1, 169 BGB) ¹⁾. Die Vollmacht besteht jedoch nur dann weiter, wenn dies das Schutzinteresse des Vertreters erfordert. Sie erlischt nach § 169 BGB bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Dritten. Denn in diesem Fall ist wegen § 179 III BGB eine Haftung des Vertreters als falsus procurator ausgeschlossen ²⁾.

§ 169 BGB ist somit in erster Linie eine Schutzvorschrift zu Gunsten des Bevollmächtigten. Sie kommt zwar notwendig ebenso dem Dritten zugute, ist aber nicht eigens zu seinem Schutz geschaffen ³⁾. Deshalb erlischt die Vollmacht trotz schuldloser Unkenntnis des Dritten, wenn der Beauftragte das Erlöschen des Auftrags kannte oder hätte erkennen müssen (§§ 674, 168, 1 BGB). Da der in § 169 BGB enthaltene gesetzgeberische Grundgedanke letztlich nur den Interessen des Bevollmächtigten dienen soll, kann man über den engen Tatbestand des § 169 BGB hinaus keine allgemeingültigen Grundsätze über die Rechtsbeziehungen zwischen Vollmachtgeber und Dritten aufstellen. Daher ist es verfehlt, aus § 169 BGB eine allgemeine Nachprüfungspflicht des Dritten bezüglich des Innenverhältnisses abzuleiten. Diese Vorschrift kann nicht als Grundlage für die Lösung der Mißbrauchsfälle herangezogen werden ⁴⁾.

Ebenso ist eine analoge Anwendung der §§ 170 - 173 BGB in den Mißbrauchsfällen ausgeschlossen, weil sich aus diesen Vorschriften keine Sorgfaltspflicht des Dritten gegenüber dem Vertretenen bei bestehender Vollmacht ergibt. Sinn und Bedeutung der §§ 170 ff. BGB zeigen, daß die dort geregelten Tatbestände anders als die Mißbrauchsfälle gelagert sind. Sie haben den Zweck, die schuldlose Unkenntnis des Dritten vom Fehlen einer Vollmacht zu schützen, wenn der Vollmachtgeber einen äußeren Kundgebungsakt gesetzt hat, der auf das Bestehen einer Vollmacht hindeutet. Zugunsten des rechtsgeschäft-

1) Planck-Flad, § 169; Oertmann, § 169 Bem. 3; vgl. auch RGR-Komm. z. BGB, § 169.

2) Oertmann, § 169 Bem. 3; Soergel-Lindemaier, § 169 Bem. 1.; Staudinger-Coing, § 169 Bem. 2.

3) Besonders Oertmann, § 169 Bem. 3.; ebenso Weiser, S. 34 f.; vgl. auch Planck-Flad, § 169; RGR-Komm. z. BGB, § 169.

4) Ebenso Weiser, S. 34 f.

lichen Verkehrs besteht der Rechtsschein einer wirksamen Vertretungsmacht. Obwohl eine Vollmacht nicht entstanden oder bereits wieder erloschen ist, wird der Vertretene durch die Erklärung des angeblich Bevollmächtigten unmittelbar berechtigt und verpflichtet, da das Vertrauen des redlichen Dritten Schutz verdient. Der Rechtsscheingedanke liegt allen Tatbeständen der §§ 170 ff. BGB zugrunde ¹⁾. Aus dem Wortlaut des § 170 BGB könnte man zwar schließen, daß bis zu dem Zeitpunkt der Anzeige des Vollmachtgebers, die den Dritten von dem Erlöschen der Vollmacht in Kenntnis setzt, eine echte Vertretungsmacht besteht, da die Vollmacht bis dahin "in Kraft" bleiben soll ²⁾. Dagegen spricht aber, daß die in § 170 BGB zugunsten des Dritten aufgestellte Rechtsfolge nach § 173 BGB von seiner Gutgläubigkeit abhängt, während die Wirksamkeit einer echten Vollmacht von dem guten oder bösen Glauben des Geschäftsgegners unabhängig ist ³⁾. Würde man keine Scheinvollmacht, sondern echte Vertretungsmacht bejahen, so wäre auch der § 173 BGB unverständlich, wonach Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Dritten von dem Erlöschen der Vertretungsmacht erheblich sein soll. Der Dritte kann das Erlöschen der Vertretungsmacht nur erkennen, wenn eine Vollmacht im Falle des § 170 BGB nicht besteht ⁴⁾. Aus entsprechenden Gründen ist auch in den Fällen der §§ 171, 172 BGB keine echte Vertretungsmacht, sondern nur eine Scheinvollmacht anzunehmen ⁵⁾.

Der zugunsten des Dritten vorhandene Rechtsschein wird zerstört, falls der Dritte weiß oder wissen muß, daß der Vertreter ohne Vollmacht handelt ⁶⁾. Hat der Geschäftsgegner begründete Zweifel an der behaupteten Vertretungsmacht des angeblich Bevollmächtigten, so obliegt ihm eine Nachprüfungspflicht. Diese Pflicht zur Nachforschung erklärt sich aus dem Wesen der allgemeinen Rechtsschein-

-
- 1) H.L.; vgl. v. Seeler, S. 36 ff.; Rümelin, S. 300; Wellspacher, S. 85 ff.; Oertmann, Rechtsschein, S. 470 f.; Meyer, S. 54; Staudinger-Coing, § 170 Bem. 1.; Enneccerus-Nipperdey, § 80 II.2.
 - 2) So Hölder, § 170 Bem. b); Danz, Sp. 1284.
 - 3) Oertmann, § 170 Bem. 2.
 - 4) V. Seeler, S. 38; Oertmann, a.a.O.
 - 5) H.L., vgl. v. Seeler, a.a.O.
 - 6) Auch die in § 173 BGB nicht genannten §§ 171 I, 172 I BGB setzen Gutgläubigkeit des Dritten voraus, da § 173 BGB analog anwendbar ist; H.L., vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 188 I. 2.

lehre, die das Vertrauen auf den äußeren Tatbestand eines in Wirklichkeit nicht bestehenden Rechts nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen schützt, da der Schein eines Rechts von der Rechtsordnung grundsätzlich nicht berücksichtigt werden kann. Es ist einleuchtend, daß der Vertrauensschutz, falls er überhaupt gewährt wird, nur dem gutgläubigen Gegner zugute kommt ¹⁾. Daher wird der Dritte nach § 173 BGB nicht geschützt, wenn ihm den Umständen nach Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmacht kommen mußten und er gleichwohl eine Aufklärung unterlassen hat.

Die §§ 170 ff. BGB wollen somit dem gutgläubigen Geschäftsgegner einen Schutz geben, der diesem nach allgemeinen Regeln nur bei bestehender Vollmacht gewährt würde (§ 164 BGB). Wegen des vorhandenen Rechtsscheins soll die Vertretungshandlung auch bei fehlender Vollmacht wirksam sein. Daß dieser zusätzliche Schutz des Dritten auch eine zusätzliche Voraussetzung - nämlich guten Glauben - erfordert, erklärt sich aus dem Wesen des Rechtsscheins und ist nicht der unvollkommene Ausdruck einer dem Vertretungsrecht innewohnenden allgemeinen Prüfungspflicht. Dem Dritten wird nach den §§ 170 ff. BGB nur ein besonderer Vorteil gewährt, wenn auch unter bestimmten Voraussetzungen. Die Belastung des Dritten mit einer Sorgfaltspflicht in den tatbestandlich genau entgegengesetzt gelagerten Fällen des Vollmachtmißbrauchs ist in diesen Vorschriften nicht enthalten ²⁾. Die lediglich als Ausfluß des Rechtsscheingedankens aufzufassende Prüfungspflicht nach § 173 BGB kann daher nicht als Beweis für eine Erkundigungspflicht des Dritten in all den Fällen dienen, in welchen eine Überschreitung des Innenverhältnisses gegeben ist. Da in den Mißbrauchsfällen eine Vollmacht und nicht nur der Rechtsschein einer Vollmacht besteht, ist der Rechtsscheingedanke nicht geeignet, zur Lösung der Mißbrauchsproblematik beizutragen.

Die §§ 170 ff. BGB können zudem nicht als eine Durchbrechung des Grundsatzes von der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht vom

1) Oertmann, Rechtsschein, S. 473; Enneccerus-Nipperdey, § 80 II. 2.
 2) Berger, S. 44; Weiss, S. 19; Weiser, S. 40 f.

Grundverhältnis angesehen werden ¹⁾, da dieser Grundsatz das Bestehen einer wirksamen Vollmacht voraussetzt. Hinzu kommt, daß § 173 BGB nur eine Prüfungspflicht bezüglich der Vollmacht begründet. Eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die internen Beziehungen zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem ist in § 173 BGB nicht einmal für die Tatbestände der §§ 170 ff. BGB aufgestellt ²⁾.

Die analoge Anwendung der §§ 170 ff. BGB ist nicht nur aus rechtsdogmatischen Gründen bedenklich. Sie führt auch zu einer wenig befriedigenden Berücksichtigung der Interessenlage. Da nach § 173 BGB schon leichte Fahrlässigkeit des Dritten beachtlich ist, würde eine folgerichtige Anwendung dieser Vorschrift in den Mißbrauchsfällen bedeuten, daß der Geschäftsgegner sich bereits dann nicht auf das von dem Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft berufen kann, wenn er den Mißbrauch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen mußte. Selbst leichteste Fahrlässigkeit müßte dem Dritten schaden. Damit würde das Risiko eines Vollmachtsmißbrauchs weitgehend auf den Dritten abgewälzt. Da § 173 BGB nicht auf die Kenntnis des Bevollmächtigten abstellt, wäre bereits die fahrlässige Unkenntnis des Dritten von der unbewußten Überschreitung der dem Vertreter erteilten Weisungen rechtserheblich ³⁾. -

Die Mißbrauchsprobleme können somit nicht durch eine analoge Anwendung der §§ 169, 170 ff. BGB gelöst werden.

b) Die Lehre Sieberts.

Eine Fortführung der von Kipp eingeschlagenen Gedankengänge enthält auch die Lehre Sieberts. Siebert hat als erster versucht, die Erkenntnisse der allgemeinen Lehre vom Rechtsmißbrauch für das Vertretungsrecht nutzbar zu machen, und ist so in den erheblichen Mißbrauchsfällen zu einer unmittelbaren Anwendung der §§ 177 ff. BGB gelangt.

1) So Hammel, S. 2876; dagegen mit Recht Weiser, a.a.O.

2) Vgl. Weiss, S. 20.

3) Vgl. Berger, S. 44.

Nach der Lehre vom Rechtsmißbrauch ergibt sich aus zahlreichen Einzelvorschriften ¹⁾ und besonders aus dem Wesen und der Aufgabe der Rechtsordnung, daß die Ausübung eines jeden Rechts durch seine "rechtsethische und soziale Funktion" gebunden ist ²⁾. Die gesetzlichen Beschränkungen der Rechtsausübung führen zu einer Gestaltung des Rechtsinhalts selbst; das Recht weist immanente Schranken auf, die eine zweckfremde Ausübung nicht zulassen. Jeder Rechtsmißbrauch ist als ein Verstoß gegen die immanenten Grenzen des Rechts eine Abkehr von der Rechtsordnung. Der Rechtsinhaber hat nur noch scheinbar im Rahmen seines Rechts gehandelt; in Wahrheit liegt ein Handeln ohne Recht vor ³⁾. Recht und Pflicht werden damit zu einer Einheit geführt.

Nach Siebert gelten diese Grundsätze nicht nur bei den "echten Berechtigungen", sondern ebenso bei "bestimmten rechtlichen Fähigkeiten", wozu nach seiner Auffassung in erster Linie die Vertretungsmacht zählt ⁴⁾. Wenn der Vertreter seine Geschäftsführungsbefugnisse nicht einhalte, so liege zugleich eine Überschreitung der Vertretungsmacht vor, die die Anwendbarkeit der §§ 177 ff. BGB begründe ⁵⁾. Die Vertretungsmacht sei wie jede andere Berechtigung durch den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken inhaltlich gestaltet und begrenzt ⁶⁾. Sie reiche daher nicht weiter, als die Treuepflicht gegenüber dem Vertretenen eine Ausübung gestatte. Auch bei der Vertretungsmacht seien nach dem Wesen des Rechtsmißbrauchs Recht und Pflicht einheitlich zu behandeln ⁷⁾. Nach dieser Ansicht ergibt sich der Umfang der Vertretungsmacht aus dem Innenverhältnis. Insoweit wird der Grundsatz von der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht bewußt aufgegeben ⁸⁾.

Im Interesse des Geschäftsgegners wendet Siebert die Lehre vom Rechtsmißbrauch jedoch nicht in allen Fällen an, in denen der

1) Insbesondere werden die §§ 226, 242, 826 BGB herangezogen.

2) Soergel-Siebert, Vorbem. II. 2. a) zu § 226.

3) Soergel-Siebert, a.a.O., mit weit. Nachw.

4) Siebert, Mißbrauch, S. 631.

5) A.a.O., S. 642.

6) A.a.O., S. 643, 654.

7) A.a.O.

8) A.a.O., S. 644.

Vertreter seine Pflichtstellung überschreitet. Ein Mißbrauch könne nur gegeben sein, wenn der Dritte die Verletzung der Geschäftsführungsbefugnis nach Treu und Glauben erkennen mußte. War er gutgläubig, so habe der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt, und die Vorschriften über die Vertretung ohne Vertretungsmacht seien nicht anwendbar. Die Zweck- und Pflichtgebundenheit der Vertretungsmacht sei durch das berechnigte Verkehrsinteresse begrenzt ¹⁾. Siebert bejaht somit die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nach § 177 BGB unter der doppelten Voraussetzung, daß der Vertreter seine Pflichtstellung gegenüber dem Vertretenen verletzt hat, und der Dritte sich nicht in schuldloser Unkenntnis von dem Mißbrauch befindet. Trotz einer zweckfremden und treuwidrigen Ausübung seiner Rechtsstellung hat der Vertreter bei gutem Glauben des Geschäftsgegners nicht ohne Recht, sondern im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt. Die Lehre vom Rechtsmißbrauch wird nicht folgerichtig durchgeführt, da nicht nur die Pflichtstellung des Vertreters, sondern auch der gute Glaube des Dritten den Umfang der Vertretungsmacht mit beeinflußt.

Diese inkonsequente Anwendung der allgemeinen Grundsätze vom Rechtsmißbrauch begründet Siebert mit der besonderen Eigenart der Vertretungsmacht ²⁾. Die Vertretungsmacht sei von zwei Seiten her zu sehen. Zusammen mit dem Innenverhältnis verkörpere sie eine Beziehung des Vertreters zum Vertretenen. Daneben äußere sie als typisches Außenverhältnis Rechtswirkungen gegenüber Dritten. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des Vollmachtsmißbrauchs müßten deshalb gleichfalls von zwei Seiten her bestimmt werden. Daher sei der Mißbrauch nur erheblich, wenn dem Dritten die Überschreitung des Innenverhältnisses nach Treu und Glauben erkennbar war ³⁾.

Mit seinem Hinweis auf die Außenwirkung der Vertretungsmacht hat Siebert nicht überzeugend nachweisen können, daß der Pflichtgedanke den Rechtsinhalt der Vertretungsmacht nur bei schuldhaftem Verhalten des Dritten gestaltet. Wendet man einmal die Lehre vom Rechtsmißbrauch im Vertretungsrecht an, so muß man notwendig in allen

1) Mißbrauch, S. 654.

2) A.a.O., S. 631 f., 643.

3) Mißbrauch, S. 643.

Fällen zu einer Einheit von Recht und Pflicht gelangen. Dies hätte allerdings zur Folge, daß jede Verletzung des Innenverhältnisses zugleich eine Überschreitung der Vollmacht bedeuten würde. Die Gefahr eines Mißbrauchs hätte in allen Fällen der Dritte zu tragen. Es würden einseitig die Interessen des Vertretenen berücksichtigt, und der vom Gesetzgeber mit der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht aufgestellte Verkehrsschutz wäre hinfällig ¹⁾. - Um eine solche unbillige und gesetzwidrige Lösung zu vermeiden, macht Siebert die Angleichung von Recht und Pflicht im Einzelfall von dem bösen Glauben des Dritten und damit von einer Voraussetzung abhängig, die nicht aus dem Wesen des Rechtsmißbrauchs zu erklären ist, sondern zu ihm in Widerspruch steht. Unterstellt man, daß der Vertretungsmacht immanente Schranken innewohnen, welche durch die Pflicht zu getreuer Ausübung bestimmt sind, so ist eine pflichtwidrige Vertretungshandlung immer gleichbedeutend mit einem Handeln ohne Vertretungsmacht. Denn die immanenten Grenzen eines Rechts werden nach der Lehre vom Rechtsmißbrauch nur durch die Pflichtstellung des Rechtsinhabers beeinflußt, nicht aber durch das Verhalten Dritter, gegenüber denen das Recht ausgeübt wird.

Da eine folgerichtige Anwendung der allgemeinen Erkenntnisse über den Rechtsmißbrauch nicht zu einer befriedigenden Lösung der Mißbrauchsfälle führt, ist an der scharfen Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis festzuhalten. Aus der strengen Unterscheidung des BGB zwischen Geschäftsführungspflicht und rechtlichem Können ist zu entnehmen, daß die Pflichtstellung des Vertreters gegenüber dem Vertretenen nur im Innenverhältnis zum Ausdruck gelangen soll, und die Vertretungsmacht nicht durch die schuldrechtliche Verpflichtung des Vertreters beeinflußt wird. Der Umfang zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ist daher in den Mißbrauchsfällen verschieden. Es besteht ein Zwiespalt zwischen Können und Dürfen.

Diese Zwiespältigkeit glaubt Siebert überwunden zu haben, da nach seiner Lehre eine innerhalb der Vertretungsmacht liegende Pflichtwidrigkeit des Vertreters nie gegen Dritte wirke ²⁾. Das "Trennungs-

1) Stoll, S. 123; Bäumer, S. 17; Nitzsche, S. 48.

2) Mißbrauch, S. 643.

denken" der h.L. hat Siebert jedoch nicht überwinden können ¹⁾; denn er ist nicht in allen Mißbrauchsfällen zu einer Einheit von Recht und Pflicht gelangt. Bei Gutgläubigkeit des Dritten hat er wie die h.L. einen Zwiespalt zwischen Können und Dürfen bejaht ²⁾. In diesem Fall nimmt Siebert zwar keinen "Mißbrauch i.S. einer Überschreitung" an ³⁾. Eine solche Beschränkung des Mißbegriffs auf die Fälle erkennbarer Pflichtwidrigkeit ist aber mit Recht abgelehnt worden ⁴⁾, da es ein "sprachwidriges Ergebnis" sei, das Vorliegen eines Mißbrauchs von dem Verschulden des Dritten abhängig zu machen ⁵⁾. Selbst arglistige Schädigung durch den Vertreter könnte nicht als Mißbrauch angesehen werden, falls der Dritte redlich war ⁶⁾.

In den Fällen, in denen Siebert zum Schutze des Dritten von einem Zwiespalt zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht ausgeht, hat er mit der h.L. an der Selbständigkeit der Vollmacht festgehalten ⁷⁾. Es ist daher nicht folgerichtig, wenn Siebert ⁸⁾ den Schutz des redlichen Geschäftsgegners mit dem Rechtsscheingedanken begründet. Die Lehre vom Rechtsschein schützt in bestimmten Fällen das Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand. Dieser Vertrauensschutz wird nicht gewährt, weil dem Scheinberechtigten ein wirkliches Recht zur Seite steht, sondern mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit trotz eines in Wahrheit nicht vorhandenen Rechts. Der Rechtsscheingedanke kann nur dort angewandt werden, wo kein Recht, sondern nur der Anschein eines Rechts besteht. Geht man aber von der Selbständigkeit der Vollmacht aus, so hat der pflichtwidrig handelnde Vertreter im Rahmen eines Rechts (seiner Vertretungsmacht) gehandelt. Der redliche Dritte wird schon deshalb geschützt, weil er auf ein wirklich bestehendes Recht vertraut hat. In diesem Fall ist es daher weder möglich noch notwendig, den Rechtsscheingedanken

1) Stoll, S. 123 f.

2) Stoll, a.a.O.

3) A.a.O.

4) Stoll, S. 124; Groß, S. 41; Stümpfler, S. 85.

5) Stoll, a.a.O.

6) Stümpfler, a.a.O.

7) Dies geht daraus hervor, daß Siebert (Mißbrauch, S. 649) bei nicht erkennbarer Pflichtwidrigkeit ein Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht annimmt; so auch Bäumer, S. 17, N. 38.

8) Mißbrauch, S. 649.

heranzuziehen ¹⁾.

Da der Lehre Sieberts somit gewisse rechtsdogmatische Bedenken entgegenstehen, hat sie nicht zu einer Klärung der Probleme beim Vollmachtmißbrauch geführt. Insbesondere hat Siebert nicht den von ihm erstrebten Nachweis für die Behauptung Kipps erbringen können, daß sich eine Lösung der Mißbrauchsfälle aus dem Vertretungsrecht selbst ergibt.

c) Analoge Anwendung des § 181 BGB.

Um eine befriedigende Lösung der Mißbrauchsfälle zu erreichen, haben einige Autoren eine analoge Anwendung des § 181 BGB vorgeschlagen ²⁾. Diese Vorschrift verbiete nach ihrem Wortlaut zwar nur die Vornahme des sogen. Insichgeschäfts. Ihr rechtspolitischer Zweck umfasse aber auch Fallgestaltungen, in denen der Vertreter ein Rechtsgeschäft mit einem anderen in eigenem Interesse vornehme ³⁾. Der Gesetzgeber habe jeden Interessengegensatz zwischen den Belangen des Geschäftsherrn und denen des Vertreters vermeiden wollen, damit der Geschäftsherr aus der Vertretungshandlung keine Nachteile erleide ⁴⁾. Die Vollmacht berechtige nur zur Wahrnehmung der Interessen des Vertretenen. Verfolge der Vertreter auch eigene Interessen, so sei hierfür eine besondere Erlaubnis des Geschäftsherrn erforderlich ⁵⁾. Dieser allgemeine Rechtsgedanke habe im Gesetz einen zu engen Ausdruck gefunden. Daher müsse die in § 181 BGB an einen Sonderfall geknüpfte Rechtsfolge auf alle ähnlichen Tatbestände übertragen werden. § 181 BGB sei eine allgemeine Schutzbestimmung gegen den Mißbrauch der Vertretungsmacht ⁶⁾.

Von der überwiegenden Lehre ist diese Ansicht - in erster Linie

-
- 1) Gegen die Anwendung des Rechtsscheingedankens durch Siebert auch Weiser, S. 49, vgl. ebenso Bäumer, S. 17 f.
 - 2) Hoeniger, Sp. 1347 f.; Predari, S. 675 ff.; Bauer-Mengelberg, S. 2229 f.; Egger, S. 52 ff.; Lehmann, § 36 IV. 4. c) B); Staudinger-Coing, § 181 Bem. 3 d u. 22; Boehmer, S. 67, 70 f; Klas, S. 38 ff.
 - 3) Staudinger-Coing, § 181 Bem. 3 d.
 - 4) Hoeniger, Sp. 1348.
 - 5) Hoeniger, a.a.O.
 - 6) Predari, S. 684.

aus formalen Bedenken - abgelehnt worden ¹⁾. Besonders das Reichsgericht hat sich in ständiger Rechtsprechung gegen eine analoge Anwendung des § 181 BGB ausgesprochen ²⁾. Es sei zwar zutreffend, daß der Geschäftsherr gegen einen Mißbrauch der Vertretungsmacht geschützt werden solle, da die Gefahr eines Interessenkonflikts und einer Benachteiligung des Vertretenen bestehe. Dieser Schutzzweck rechtfertige aber keine Anwendung über die engen Grenzen hinaus, die durch die klare Fassung des Gesetzes gezogen seien ³⁾. § 181 BGB verbiete lediglich eine bestimmte Form des Geschäftsabschlusses. Nur die Art, wie das Geschäft zustandekomme, könne für den Geltungsbereich jenes Paragraphen entscheidend sein ⁴⁾. Ein Interessenkonflikt ist nach der Auffassung des Reichsgerichts weder erforderlich noch ausreichend. Als rein formale Ordnungsvorschrift wird § 181 BGB tatbestandsgetreu ausgelegt.

Die Begründung des Reichsgerichts ⁵⁾ ist verschiedentlich angegriffen worden ⁶⁾. Sie berücksichtige nicht die ratio legis und führe zu einer begriffsjuristischen Formallösung. Eine "typische Wortdeutung" werde zum Nachteil der Zweckdeutung bevorzugt ⁷⁾. Diese Bedenken bestehen zu Recht, da das Anwendungsgebiet einer Vorschrift nach Interessenlage und Gesetzeszweck bestimmt werden muß. Der positiv-rechtliche Inhalt des Gesetzes darf nicht ausschlaggebend sein. Nur die Bewertung der Interessenlage rechtfertigt die Ablehnung der Analogie, nicht aber eine "bloße Wortdeutung oder rein logische Schlußfolgerung" ⁸⁾. Aus formalen Erwägungen kann daher

1) RG 71, 220; 85, 363; 103, 418; 108, 407; 127, 105 f.; 157, 31 f.; RG, JW 1931, S. 2229 f. = HRR 1931, Nr. 821a; v. Tuhr, § 84 VI; Enneccerus-Nipperdey, § 181 III. u. III. 3.; Planck-Flad, § 181 Bem. 1. e) B); Oertmann, § 181 Bem. 5. d); Soergel-Lindenmaier, § 181 Bem. 5.; RGR Komm. z. BGB, § 181 A. 2; Palandt-Danckelmann, § 181 Bem. 2); Kipp, S. 283; Hammel, S. 2278; ferner die Diss. von Dittmar, S. 32; Hezel, S. 29; Albermann, S. 25; Berger, S. 41; Eckner, S. 6 ff.; Weiser, S. 28 f.; Weiss, S. 12 f.

2) S. die Entscheidungen in der vor. Anm.

3) RG 157, 31.

4) RG 103, 418; 108, 407.

5) Besonders in RG 108, 407.

6) S. Lehmann, § 36 IV. 4. c) B); Boehmer, S. 71, vgl. auch S. 54 ff.

7) Lehmann, a.a.O.

8) Lehmann, § 8 III. 4.

eine analoge Anwendung des § 181 BGB in den Mißbrauchsfällen nicht verneint werden.

Eine Analogie scheitert aber an der besonderen Interessenlage, die den Tatbeständen des Vollmachtmißbrauchs zugrunde liegt. Im Falle des § 181 BGB hat der Gesetzgeber einen Interessengegensatz zwischen Geschäftsherrn und Vertreter zugunsten des Geschäftsherrn entschieden, um eine Begünstigung des Vertreters auf Kosten des Machtgebers zu vermeiden. Die Lösung der Problematik im Mißbrauchsrecht ergibt sich hingegen nicht aus der Entscheidung eines solchen Interessenwiderstreits zwischen Geschäftsherrn und Vertreter. Hier gilt es vielmehr, einen gerechten Ausgleich zwischen den Interessen des Vertretenen und denen der Geschäftsgegner zu schaffen. Neben dem Interesse des Vertretenen und dem des Vertreters steht das Verkehrs-schutzbedürfnis Dritter, die auf die Wirksamkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts vertraut haben. Würde man den Rechtsgedanken des § 181 BGB in den Mißbrauchsfällen anwenden, so käme man zwar schnell und einfach zu einem Ergebnis, da das Interesse des pflichtwidrig handelnden Vertreters keinen Schutz verdient: die Vertretungshandlung wäre in jedem Fall unwirksam. Ein derartiges Ergebnis wäre jedoch unbefriedigend und nur eine Scheinlösung, da das berechtigte Verkehrsbedürfnis Dritter unberücksichtigt bliebe. Die eigentliche Problemstellung würde nicht erfaßt. Diese Bedenken gegen eine analoge Anwendung des § 181 BGB in den Mißbrauchsfällen lassen sich nicht mit dem Einwand Coings beseitigen, daß das Interesse der Verkehrssicherheit zurücktreten müsse, wo es sich um die Bekämpfung von Mißbräuchen handle ¹⁾. Denn damit würde der Grundsatz von der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht umgangen, der das Risiko eines Mißbrauchs i. d. R. dem Vertretenen auferlegt. Selbst schuldlose Unkenntnis des Dritten hätte die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge. Man wird auch nicht sagen können, daß dem Geschäftsgegner das eigennützige Verhalten des Vertreters stets verdächtig sein müsse ²⁾, da an die Sorgfaltspflicht des Dritten keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen ³⁾.

1) Staudinger-Coing, § 181 Bem. 3 d.

2) So Hoeniger, Sp. 1347 f.; der stets dolus eventualis bei dem Dritten annimmt.

3) Vgl. Lehmann, JW 1934, 683.

Ein billiges Ergebnis läßt sich mit einer analogen Anwendung des § 181 BGB bestenfalls erreichen, wenn das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift auf die Fälle begrenzt wird, in denen der Dritte den Mißbrauch erkennen mußte. Einer solchen Lösung stünden aber rechtsdogmatische Bedenken entgegen, da § 181 BGB keinen Gutglaubensschutz enthält. Würde man die Anwendung dieser Vorschrift von einer weiteren subjektiven Voraussetzung abhängig machen, so verließ man "die auch einer Analogie gezogenen Grenzen" ¹⁾. Hinzu kommt, daß durch eine Analogie zu § 181 BGB nur ein Teil der Mißbrauchsfälle erfaßt werden kann. Hat der Vertreter nicht in eigenem, sondern in fremdem Interesse seine Vollmacht mißbraucht, so ist das Geschäft nicht nach § 181 BGB unwirksam, da der rechtspolitische Zweck dieser Vorschrift nur das eigennützige Verhalten des Vertreters verbietet ²⁾.

Eine analoge Anwendung des § 181 BGB führt somit nicht zu einer befriedigenden Klärung der Mißbrauchsproblematik; sie ist mit Recht von der überwiegenden Lehre abgelehnt worden.

Damit ist auch der letzte Versuch gescheitert, die Lösung der Mißbrauchsfälle mit den Regeln über die Stellvertretung zu begründen. Will man in das Gesetz keinen Sinn hineindeuten, den es nicht enthält, muß man von einer Lösung der Mißbrauchsprobleme aus dem Vertretungsrecht selbst Abstand nehmen.

§ 4 Der Lösungsversuch mit der Lehre vom Verschulden
beim Vertragsschluß.

Erstmals im Jahre 1934 ist von Lehmann in den Mißbrauchsfällen eine Anwendung der Lehre von der culpa in contrahendo vorgeschlagen worden ³⁾. Durch den Eintritt in die Vertragsverhandlungen entstehe zwischen dem Vertretenen und dem Dritten ein gesetzliches Schuldverhältnis, das den Geschäftsgegner verpflichte, nicht mit einem treulosen Vertreter abzuschließen. Habe der Dritte eine Nachprüfung unterlassen, obwohl die erkennbaren Umstände auf einen Mißbrauch hindeuteten, so sei er dem Vertretenen schadensersatzpflichtig. Er

1) So Weiser, S. 30; ebenso Hammel, S. 2878.

2) Hammel, a.a.O.; Berger, S. 41; Eckner, S. 6.

3) JW 1934, S. 684.

müsse ihn so stellen, wie dieser bei pflichtgemäßem Verhalten des Dritten gestanden hätte. Dies führe dazu, daß der Geschäftsgegner aus dem Rechtsgeschäft keine Rechte ableiten dürfe.

Stoll hat wenige Jahre später die Grundgedanken Lehmanns zum Ausgangspunkt seiner Ausführungen gemacht und in seiner eingehenden Darstellung "Der Mißbrauch der Vertretungsmacht" versucht, mit der Lehre von der culpa in contrahendo zu einer befriedigenden Klärung der Mißbrauchsproblematik zu gelangen. Auf diesem Wege glaubt er, eine richtige Wertung der Interessenlage zu erreichen ¹⁾. Stoll betont zunächst, daß das "Verkehrsinteresse der Gemeinschaft" und "das Vertrauensinteresse Dritter" höher zu bewerten sei als "das Schutzinteresse des Vertretenen" ²⁾. Jeder Geschäftsgegner müsse sich auf die Vollmachtserklärung verlassen können. Das Vertrauen Dritter verdiene aber nur dann den Vorzug, wenn der Mißbrauch der Vollmacht nicht erkennbar gewesen sei. Da das Institut der Stellvertretung nicht nur dem Vertretenen, sondern auch dem Geschäftsgegner zugute komme, seien auch die Interessen des Vertretenen schutzbedürftig ³⁾. Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis schließe den Vertrauensschutz Dritter aus ⁴⁾. Für die Frage nach der Schutzwürdigkeit des Dritten ist nach Stoll der mit der Vollmacht verbundene Rechtsschein von entscheidender Bedeutung ⁵⁾. Der redliche Dritte wird geschützt, da er auf den Rechtsschein vertraut hat, der mit der Erteilung der Vollmacht durch den Vertretenen entstanden ist ⁶⁾. Ebenso wird der Umfang der Sorgfaltspflicht des Geschäftsgegners durch den Rechtsscheingedanken wesentlich mitbestimmt. Wo der vom Vertretenen verursachte Rechtsschein dem Dritten eine Prüfung ersparen wolle, müsse die Pflicht zur Rücksichtnahme ihre Grenzen finden.

Soweit sich Stoll auf den Rechtsschein der Vollmacht beruft, ist seine Lehre mit Recht angegriffen worden ⁷⁾. Der Rechtsscheingedanke

1) S. 138.

2) S. 128, 131.

3) S. 128.

4) S. 130.

5) S. 127 f., 131 ff.

6) S. 128.

7) Stümpfler, S. 104 ff., Weiser, S. 22 f.

kann nur dann erheblich werden, wenn der Gegner nicht auf eine Rechtswirklichkeit vertraut, sondern auf den Schein eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Rechts ¹⁾. Geht man mit der h.L. - der sich auch Stoll ²⁾ anschließt - von der Selbständigkeit der Vollmacht aus, so hat der Vertreter im Rahmen eines Rechts gehandelt und der Geschäftsgegner auf ein wirklich bestehendes Recht vertraut. Es ist daher nicht folgerichtig, den Schutz des redlichen Dritten, der sich bereits aus der Unabhängigkeit der Vollmacht vom Grundverhältnis ergibt, mit dem Rechtsscheingedanken zu begründen, oder die Sorgfaltspflicht durch den Rechtsschein der Vollmacht zu begrenzen ³⁾. Eine vernünftige Begrenzung der Prüfungspflicht des Geschäftsgegners ist nicht aus dem vom Machtgeber veranlaßten Rechtsschein zu entnehmen, sondern - wie vor allem Lehmann betont ⁴⁾ - aus einer Würdigung des Zweckes, den das Gesetz mit der Selbständigkeit der Vertretungsmacht verfolgt, und der dem Dritten eine zu weitgehende Prüfung ersparen soll.

Die Sorgfaltspflicht des Geschäftsgegners ergibt sich nach der Ansicht Stolls aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis, welches durch den Eintritt in die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien begründet wurde ⁵⁾. Das so entstandene Vertrauensverhältnis verpflichtete jeden, bei der Verfolgung seiner Ziele auf den anderen Rücksicht zu nehmen. Den Parteien obliege eine gegenseitige "Schutzpflicht". Aus der Stellung des Vertreters ergäben sich für den Geschäftsherrn besondere Gefahren, die der Dritte billigerweise berücksichtigen müsse. Daher sei die Schutzpflicht des Dritten größer, wenn er nicht mit dem Machtgeber persönlich, sondern mit dessen Vertreter verhandle. Der Geschäftsgegner dürfe nicht mit einem Vertreter abschließen, der seine Treuepflicht gegenüber dem Vertretenen verletze. Es liege bereits "im allgemeinen Interesse", "das treuelose Verhalten unmöglich gemacht wird". Dieser Grundsatz müsse erst recht unter Vertragspartnern gelten ⁶⁾. Die Wirkungen der Vollmacht seien aus

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 80 II. 2.

2) S. 132.

3) Weiser, S. 22 f.

4) JW 1934, S. 683.

5) S. 132 f.; ebenso Lehmann, a.a.O., S. 684; vgl. auch Hueck, S. 187 f.

6) S. 133.

der Verantwortung des Dritten gegenüber dem Machtgeber zu begrenzen. Aus der Pflichtstellung des Vertreters könnten die Rechtswirkungen der Vollmacht nicht eingeschränkt werden, da die Selbständigkeit der Vertretungsmacht für unser Recht unbestreitbar sei ¹⁾.

Stoll hat klar die entscheidende Bedeutung erkannt, die dem Verhalten des Dritten in den Mißbrauchsfällen zukommen muß. Der gute oder böse Glaube des Dritten ist ausschlaggebend für die Frage, ob der Vertretene an das Rechtsgeschäft gebunden wird. Daher ist es naheliegend, von hier aus an eine Lösung der Mißbrauchsfälle heranzutreten, und nicht die Pflichtstellung des Vertreters als maßgeblichen Gesichtspunkt zu betonen, zumal auf diesem Wege keine richtige Beurteilung der Interessenlage erreicht wird ²⁾. Es muß der Rechtsgrund für die Prüfungspflicht des Geschäftsgegners bestimmt werden und die Rechtsfolge, welche mit einer Verletzung dieser Pflicht eintritt. Eine Prüfungspflicht ergibt sich nicht aus dem Vertretungsrecht selbst; denn nach den Regeln über die Stellvertretung ist der Dritte lediglich - im eigenen Interesse - zur Prüfung der Vollmachtmäßigkeit des Geschäfts verpflichtet. Eine Nachprüfungs- und Erkundigungspflicht kann man daher nur aus dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis zwischen Machtgeber und Drittem herleiten. Die mit dem Beginn der Vertragsverhandlungen begründete Rechtsgemeinschaft gebietet die redliche Rücksichtnahme auf die Belange des Geschäftsgegners. Hierzu gehört auch die Pflicht, die mißbräuchliche Ausnutzung der Vertretungsmacht durch den Vertreter nicht zu fördern, sondern zu hindern.

Der Lehre Stolls ist der Vorwurf gemacht worden, daß die Annahme einer Prüfungspflicht auf dem Umwege über die culpa in contrahendo gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht verstoße, da dieser Grundsatz jede Erkundigungspflicht des Dritten ausschließe ³⁾. Aus diesem Grunde sieht sich die Gegenansicht gezwungen, entweder die für unser Recht unbestreitbare Unabhängigkeit der Vertretungsmacht ⁴⁾ zu leugnen ⁵⁾, oder durch die Verneinung

1) S. 132 N. 6.

2) Stoll, S. 132.

3) Bäumers, S. 20 f.; Weiser, S. 23 f.; vgl. auch Stümpfler, S. 195.

4) Stoll, S. 132 N. 6.

5) So Bäumers, S. 27 ff.; Weiser, S. 87 ff.

einer Prüfungspflicht zu einer wenig befriedigenden Bewertung der Interessenlage zu gelangen ¹⁾. Der mit der Selbständigkeit der Vertretungsmacht verfolgte Zweck steht jedoch mit der Annahme einer vernünftig begrenzten Prüfungspflicht in Einklang und zwingt nicht zu einer einseitigen Bevorzugung der Verkehrsinteressen. Der Grundsatz der Unabhängigkeit soll zwar vor allem aus Gründen der Verkehrssicherheit den Vorrang der berechtigten Verkehrsinteressen sicherstellen ²⁾: Es liegt näher, daß der Vertretene den Schaden trägt, der ihm durch die Rechtshandlung seines Vertreters entsteht, da er seinen Vertrauensmann selbst gewählt hat und ihn besser überwachen kann als ein Außenstehender ³⁾. Dem Dritten soll nicht das Risiko eines Mißbrauchs aufgebürdet und ihm grundsätzlich eine Nachprüfung der internen Beziehungen zwischen Machtgeber und Vertreter erspart werden, damit der rechtsgeschäftliche Verkehr nicht gehemmt wird. Liegen aber besondere Umstände vor, die den Geschäftsgegner argwöhnisch machen mußten, so hat dieser eher die Möglichkeit, das pflichtwidrige Verhalten des Vertreters zu verhindern. Denn der abwesende Machtgeber kann selbst nicht eingreifen und den drohenden Schaden verhindern ⁴⁾. In diesem Fall ist es auch mit einer zügigen Abwicklung des Geschäftsverkehrs vereinbar, wenn der Dritte seine Zweifel durch eine Anfrage bei dem Vertretenen beseitigt, da eine Anfrage meist wenig Zeit beanspruchen wird. Nimmt man hier eine Nachforschungspflicht des Dritten an, so setzt man sich deshalb nicht zu der ratio legis in Widerspruch, die der Selbständigkeit der Vertretungsmacht zugrunde liegt. Die aus dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis gegebene Rücksichtspflicht gegenüber den Belangen des Geschäftspartners ist nach dem Willen des Gesetzgebers nur insoweit ausgeschlossen, als das Interesse an einem ungehinderten Geschäftsablauf beeinträchtigt wird. Dem Dritten schadet deshalb nicht jede fahrlässige Unkenntnis, die nach den allgemeinen Grundsätzen über die culpa in contrahende rechtserheblich wäre. Es müssen besondere Umstände gegeben sein, die eine Nachprüfung als zumutbar erscheinen lassen. Unterläßt der Dritte in diesem Fall eine Prüfung, so verdienen die Interessen des Vertretenen den Vorzug,

1) Stümpfler, S. 195.

2) Vgl. Egger, S. 64; Stoll, S. 132.

3) Egger, a.a.O.

4) S. Bauer-Mengelberg, S. 2230.

da der Grundsatz der Unabhängigkeit nur das berechnigte Verkehrsinteresse schützen soll ¹⁾.

Stoll hat mithin zutreffend die fahrlässige Verletzung der Prüfungspflicht als rechtserheblich angesehen, wenn der Geschäftsgegner nach den ihm bekannten besonderen Umständen an der Treue des Bevollmächtigten zweifeln mußte ²⁾. Das mißbräuchlich vorgenommene Rechtsgeschäft ist nach Stoll zwar wirksam, da ein Handeln im Rahmen der Vertretungsmacht vorliegt ³⁾; der fahrlässig handelnde Dritte haftet dem Vertretenen aber auf Schadensersatz ⁴⁾. Wäre im Einzelfall ohne das schuldhaftes Verhalten des Dritten ein für den Machtgeber vorteilhaftes Geschäft zustande gekommen, so könnte dieser die Durchführung des Geschäfts verlangen, wie es der Bevollmächtigte und der Dritte bei Berücksichtigung seiner Interessen vorgenommen hätten ⁵⁾. In den anderen Fällen habe der Geschäftsherr gegen den Dritten den Anspruch, daß die Rechtswirkungen des Geschäfts rückgängig gemacht würden. Der Dritte könne sich seinerseits an den eigennützigen Vertreter halten. Denn dieser habe nicht nur seine Pflichten gegenüber dem Machtgeber verletzt, sondern auch die ihm obliegende Schutzpflicht gegenüber dem Dritten. Auf das mitwirkende Verschulden des Dritten könne sich der Vertreter nicht berufen, da er selbst vorsätzlich gehandelt habe, während dem Dritten nur fahrlässiges Verhalten zur Last falle ⁶⁾.

1) Lehmann, JW 1934, S. 683; im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung nimmt die überwiegende Lehre bei begründetem Verdacht eine Prüfungspflicht des Dritten an, ohne hierin einen Widerspruch zu dem Grundsatz der Unabhängigkeit zu sehen: vgl. die auf S.6N. 1) angegebenen Entscheidungen des Reichsgerichts; ferner Lehmann, a.a.O. u. § 36 IV. 4.; Enneccerus-Nipperdey, § 183 I. 5. und § 183 N. 23; Soergel-Lindenmaier, § 164 Bem. 1; RGR z. BGB, § 166 Anm. 27; Palandt-Danckelmann, § 164 Bem. 2); Kipp, S. 287; Egger, S. 64 f.; Bauer-Mengelberg, S. 2230; Hammel, S. 2876; Rinck, S. 116; Albermann, S. 29 ff.; a.A. neben der älteren Literatur Hezel, S. 51, 58; Bäumer, S. 20 f.; Weiser, S. 23 f.; Stümpfler, S. 195.

2) S. 133 ff.

3) Stoll nimmt Nichtigkeit des Geschäfts nur im Falle der Kollusion an (S. 137).

4) S. 138.

5) Stoll, a.a.O.

6) Stoll, a.a.O.

Hier zeigt sich das Bestreben Stolls, auch den fahrlässig handelnden Dritten in bestimmtem Umfang zu schützen. Würde man dem Dritten jeglichen Schutz versagen, so hätte er den ganzen Schaden zu tragen, der durch die Verletzung seiner Prüfungspflicht entstanden ist. Diese Lösung wäre unbefriedigend, da nicht nur der Dritte den Geschäftsabschluß und damit den Schaden verursacht hat, sondern in erster Linie der treulose Vertreter. Sie würde im Ergebnis bedeuten, daß der Geschäftsgegner auch für den vom Vertreter verursachten Schaden eintreten muß. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, gewährt Stoll dem Dritten einen außerdeltiktischen Anspruch gegen den Vertreter aus Verschulden bei Vertragsschluß. Er gibt dem Dritten damit einen Schutz, der sich mit einer entsprechenden Anwendung der §§ 177 ff. BGB durch Kipp und seine Anhänger nicht erreichen läßt, weil eine Haftung des Vertreters aus § 179 I BGB wegen mitwirkenden Verschuldens gesetzlich ausgeschlossen ist (§ 179 III BGB). Auf diesem Wege glaubt Stoll eine Lösung gefunden zu haben, die der Interessenlage gerecht wird. Während eine Anwendung der §§ 177 ff. BGB die ganze Gefahr des Mißbrauchs dem Dritten aufbürde und nicht zu einer "vernünftigen Gestaltung des Geschäfts" führe ¹⁾, werde mit seiner Lehre "die Durchführung des Geschäfts auf einer für beide Parteien gerechten Grundlage" erreicht ²⁾.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob ein Schadensersatzanspruch des Dritten gegen den Vertreter aus culpa in contrahendo begründet ist, da nicht der Vertreter, sondern der Machtgeber dem Dritten als Vertragspartei gegenübertritt. Regelmäßig kann nur zwischen den Parteien eine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß gegeben sein. Ausnahmsweise hat das Reichsgericht eine eigene Haftung des Vertreters anerkannt, wenn der Vertreter persönlich ein wirtschaftliches Interesse an dem erstrebten oder erfolgten Geschäftsabschluß hatte, da er in diesem Fall der sachlich allein oder im wesentlichen Beteiligte sei und somit zwischen ihm und dem Dritten ein besonderes Vertrauensverhältnis bestehe ³⁾.

1) S. 121, vgl. auch S. 125.

2) S. 138.

3) RG 120, 249 (252) = JW 1928, 1285 f. mit Anm. von Stoll; RG 132, 76 (80 f.); RG 159, 33 (54).

Demgegenüber ist im Schrifttum mit Recht betont worden, daß das wirtschaftliche Interesse des Vertreters allein nicht genügt, um eine eigene Schutzpflicht des Vertreters zu begründen ¹⁾. Denn der Vertreter kann an dem Vertragsschluß interessiert sein, ohne daß eine eigene Haftung aus culpa in contrahendo gerechtfertigt ist. Dies zeigt der Fall, daß der Vertreter eine erfolgsabhängige Vergütung erhält ²⁾. Hier besteht keine besondere Vertrauensbeziehung zwischen Vertreter und Drittem, gleichwohl hat der Vertreter an dem Abschluß ein persönliches wirtschaftliches Interesse ³⁾. Erst wenn der Vertreter persönlich für sich das Vertrauen des Vertragsgegners in Anspruch nimmt, und dessen Verhandlungsverhalten durch die Vertrauenswerbung des Vertreters beeinflusst wird, entsteht ein besonderes Vertrauensverhältnis und damit eine eigene vorvertragliche Rücksichtspflicht des Vertreters ⁴⁾. Andernfalls ist für eine Schutzpflicht des Vertreters keine Rechtsgrundlage vorhanden. In den Mißbrauchsfällen ist eine Haftung des Vertreters gegenüber dem Dritten somit nur möglich, wenn der Dritte Grund hatte, dem persönlichen Verhalten des Vertreters besonderes Vertrauen entgegenzubringen. Da der Vertreter auch in den Mißbrauchsfällen meist keine persönliche Vertrauenswerbung gegenüber dem Geschäftsgegner entfaltet ⁵⁾, sondern lediglich als Hilfsperson des Vertretenen in Erscheinung tritt, ist daher in der Regel eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß ausgeschlossen ⁶⁾. Er haftet dem Dritten nicht schon deshalb, weil er die internen Beziehungen zu seinem Machtgeber verletzt hat, und der Dritte sich daher nicht auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen kann ⁷⁾. In den Mißbrauchsfällen kommt somit meist nur ein deliktischer Schadensersatzanspruch des Geschäftsgegners gegen den Vertreter in Betracht.

Aber selbst wenn man mit Stoll einen Anspruch aus culpa in contrahendo annimmt, bleibt fraglich, ob das Interesse des Dritten

1) Besonders Ballerstedt, S. 519 ff., 524; Lehmann, JZ 1955, S. 159; vgl. auch Enneccerus-Lehmann, § 43 N. 8; Larenz, § 7 II.

2) So Ballerstedt, S. 524.

3) Ballerstedt a.a.O.

4) Ballerstedt, S. 521 und die übrigen auf S. 40 N.2 angeführten Autoren; vgl. auch BGH 14, 314 (318) = JZ 1955, S. 158 f.

5) Vgl. Ballerstedt, S. 520.

6) Ebenso Roitzsch, S. 68 ff. mit anderer Begründung.

7) Vgl. Ballerstedt a.a.O.

auf diese Weise genügend befriedigt wird; denn ein Anspruch gegen den Vertreter ist für den Dritten oft praktisch wertlos, da der Vertreter häufig auf Grund seiner sozialen Stellung über wenig Vermögen verfügen wird. Ebenso wie dem Geschäftsherrn kein Rückgriffsanspruch gegen seinen Vertreter genügt, wird das Interesse des Dritten nicht durch die Gewährung eines solchen Anspruchs befriedigt. Stolls Versuch, auch den fahrlässig handelnden Dritten in bestimmtem Umfang zu schützen, und ihm - im Gegensatz zu Kipp und dessen Anhängern - nicht die ganze Gefahr des Mißbrauchs aufzuladen, ist daher nicht gelungen. Gegner Stolls haben ihm deshalb nicht zu Unrecht vorgeworfen, daß seine Lehre den Geschäftsgegner nicht in stärkerem Umfang schütze, als die von Kipp vertretene Auffassung ¹⁾. Die von ihm erstrebte gerechte Interessenabwägung hat Stoll nicht erreicht, sondern er ist mit anderer Begründung zu dem gleichen Ergebnis gelangt wie die übrigen Lehrmeinungen, die das fahrlässige Verhalten des Dritten als rechtserheblich ansehen ²⁾. Indem Stoll dem Dritten einen Anspruch gegen den Vertreter gewährte, hat er zwar erkannt, daß das mitwirkende Verschulden des Vertreters für eine gerechte Interessenabwägung von Bedeutung ist. Er hat jedoch nicht berücksichtigt, daß sich das Mitverschulden auch auf den Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Dritten auswirken muß, da der Geschäftsherr nach §§ 254 I, 278 BGB für das mitwirkende Verschulden seines Gehilfen einzustehen hat. Wie im folgenden gezeigt werden soll, führt eine Anwendung der §§ 254 I, 278 BGB zu einem gerechten Interessenausgleich, da auf diesem Wege das beiderseitige Verschulden berücksichtigt und so eine Verteilung des Risikos ermöglicht wird.

§ 5 . Der eigene Vorschlag.

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß eine Prüfungspflicht des Dritten sich nicht aus dem Vertretungsrecht selbst ergibt, da der Mißbrauchstatbestand in den §§ 164 ff. BGB nicht gesetzlich geregelt ist, und alle Lehren, die eine entsprechende Anwendung der Regeln über die Stellvertretung vorgeschlagen haben,

1) Groß, S. 45 f.; ähnlich Roitzsch, S. 68 ff.

2) Vgl. Groß, S. 45.

gescheitert sind. Eine Prüfungspflicht läßt sich nur aus dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis ableiten, das mit dem Eintritt in die Vertragsverhandlungen zwischen Geschäftsherrn und Dritten begründet wird. Die Rücksichtspflicht gegenüber dem Geschäftspartner gebietet eine Nachforschung, wenn besondere Umstände für einen Mißbrauch der Vollmacht sprechen. Der vom Gesetzgeber mit der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht verfolgte Zweck wird durch die Annahme einer vorsichtig begrenzten Prüfungspflicht nicht vereitelt ¹⁾. Nach den allgemeinen Grundsätzen über die culpa in contrahendo ist die Rechtsfolge einer Pflichtverletzung die Haftung auf Schadensersatz. Da der Schaden des Machtgebers in dem Abschluß des für ihn nachteiligen Rechtsgeschäfts besteht, hat er den Anspruch auf Rückgängigmachung des Geschäfts. Dies bedeutet, daß der Dritte sich auf die formal bestehende Vollmacht und seine mit dem Abschluß erworbene Rechtsstellung nicht berufen kann. Wäre ohne die Pflichtverletzung des Dritten ein dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechendes Rechtsgeschäft zustandegekommen, so kann der Geschäftsherr außerdem die Durchführung des für ihn günstigen Geschäfts verlangen ²⁾. Es bleibt jedoch fraglich, inwieweit die Ersatzpflicht des Geschäftsgegners durch das vorsätzliche Verhalten des Vertreters gemindert wird; denn der Vertreter, der bewußt zum Nachteil seines Machtgebers abschließt, hat den mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts entstandenen Schaden des Vertretenen schuldhaft mitverursacht. Für den Umfang des zu leistenden Ersatzes ist nicht nur das eigene Mitverschulden des Geschäftsherrn bedeutsam, sondern auch das mitwirkende Verschulden seiner Hilfspersonen, da § 278 BGB im Rahmen des § 254 BGB entsprechend anwendbar ist.

Für die hier in Betracht kommende Regelung des § 254 I BGB ist die Anwendbarkeit des § 278 BGB zwar nicht unmittelbar ausgesprochen; die Verweisung in § 254 II, 2 BGB gilt aber ebenso für den ersten Absatz des § 254 BGB, weil auch in diesem Fall eine Anwendung des § 278 BGB gerechtfertigt ist, und kein innerer Grund für die gesonderte Behandlung beider Tatbestände besteht.

1) S. o. S. 29 f.

2) Stoll, S. 138; hier besteht ausnahmsweise ein Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses, vgl. Enneccerus-Lehmann, § 43 III.

Zweifelhafter ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verletzte nach §§ 254 I, 278 BGB für die schuldhaft Mitverursachung seiner Hilfspersonen einstehen muß, da die inhaltliche Auslegung der Verweisungsvorschrift Schwierigkeiten bereitet. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist das Mitverschulden einer Hilfsperson nur erheblich, wenn die Verursachung des Schadens durch den Schädiger innerhalb eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses erfolgte, und der Gehilfe in Erfüllung einer schuldrechtlichen Verpflichtung des Verletzten tätig wurde ¹⁾. Der Bundesgerichtshof hat sich im wesentlichen der Auffassung des Reichsgerichts angeschlossen ²⁾, gelangt aber schon dann zu einem Schadensausgleich, wenn der Geschädigte sich der Hilfsperson innerhalb eines Schuldverhältnisses nur zur Wahrnehmung seiner eigenen Belange bedient hat ³⁾. - Die h.L. im Schrifttum befürwortet hingegen eine weitere Auslegung und setzt sich besonders für eine Anwendung der §§ 254 I, 278 BGB auf dem Gebiete der unerlaubten Handlung ein ⁴⁾. Auf diese Streitfrage ist hier nicht näher einzugehen, da der Geschäftsherr in den Mißbrauchsfällen selbst nach der engeren Auslegung der Rechtsprechung für das schuldhafte Verhalten seines Bevollmächtigten verantwortlich ist. Denn bereits vor dem nachteiligen Vertragsschluß - und damit vor dem Schadenseintritt - besteht zwischen Machtgeber und Dritten ein gesetzliches Schuldverhältnis. Im Rahmen dieses Schuldverhältnisses wird der Vertreter als Erfüllungsgehilfe des Machtgebers tätig, da der Machtgeber sich seines Vertrauensmannes zur Erfüllung der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten gegenüber dem Geschäftspartner bedient. Im Einzelfall ist nicht erforderlich, daß der dem Vertreter zugewiesene Wirkungsbereich sich ausdrücklich kraft besonderen Auftrags auf die Schadensabwendung bezieht. Es genügt, wenn die Hilfsperson "mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in welcher der Schaden eintrat, betraut oder zur Pflege des geschädigten Gutes bestellt war" ⁵⁾, da der Gehilfe bereits dann mit dem Willen des Verletzten als dessen

1) RG 55, 330 f.; 62, 346 ff.; 75, 258; 91, 138; 119, 155; 121, 118; 140, 8; 149, 8; 156, 205; 159, 292.

2) BGH 1, 249 ff.; BGH 3, 49 = JZ 1951, 749 f. mit Anm. von Lehmann; BGH 9, 317.

3) Z.B. zur Beaufsichtigung des geschädigten Gutes, vgl. BGH, JZ 1951, 249 f.

4) So Enneccerus-Lehmann, § 16 II, 2. mit weit. Nachw.

5) RG 55, 329 (332).

Vertrauensmann tätig wird. In den Fällen des Vollmachtmisbrauchs genügt es daher, daß der Machtgeber den Vertreter mit der Vornahme von Rechtsgeschäften und damit mit einer Angelegenheit betraut hat, die der Vertreter zum Schaden seines Geschäftsherrn ausführt. Indem der Vertreter ein für den Machtgeber nachteiliges Rechtsgeschäft vornimmt, verletzt er die im eigenen Interesse des Machtgebers gebotene Sorgfalt und setzt eine Schadensursache, die zu dem ihm übertragenen Aufgabenkreis in unmittelbarem Zusammenhang steht. Die entsprechende Anwendung des § 278 BGB ergibt, daß der Geschäftsherr das mitwirkende Verschulden seines Vertreters wie eigenes Verschulden gegen sich gelten lassen muß.

Der Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsgegner wird durch das Mitverschulden des Vertreters nicht von vorneherein - nach den §§ 122 II, 179 III, 1, 307 I, 2 analog - ausgeschlossen. Zwar hat man diese Einzelvorschriften vielfach herangezogen, um die Haftung des Geschäftspartners für culpa in contrahendo zu begründen. Der in ihnen bestimmte Ausschluß des § 254 BGB ist aber mit Recht nicht als allgemeiner Grundsatz auf alle Fälle übertragen worden, in denen eine Partei vorvertragliche Pflichten verletzt hat ¹⁾. Wenn die §§ 122, 179 BGB den Verletzten bei mitwirkendem Verschulden nicht schützen, so ist dies aus der besonders strengen Haftung des Ersatzpflichtigen zu erklären, gegen den selbst ohne sein Verschulden ein Anspruch besteht, da er eine Vertrauensgrundlage geschaffen hat ²⁾. Der Ausschluß des § 254 BGB soll als Ausgleich für die scharfe Haftung des Ersatzpflichtigen dienen ³⁾. Diese Regelung ist daher nur für die engen Tatbestände der §§ 122, 179 I BGB zugeschnitten und über die im Gesetz ausgesprochene Fallgestaltung hinaus in den Fällen der culpa in contrahendo nicht anzuwenden. Ebenso ergibt sich nicht aus § 307 BGB, daß auch in anderen Fällen das mitwirkende Verschulden des Verletzten den Anspruch schlechthin ausschließt, weil § 307 BGB eine starre Ausnahmeregelung darstellt, die einen billigen Interessenausgleich in anders gelagerten Fällen

1) H.L.; vgl. RG 55, 316 (320f.); 97, 336 (339); 114, 155 (160); 120, 249 (253); 151, 357 (361); RAG, JW 1938, 2240 f.; Staudinger-Werner, § 254 Bem. 1.b); Hildebrandt, S. 306; Enneccerus-Lehmann, § 16 VI, § 43 III.

2) Vgl. Lehmann, § 36 VI. 2. B).

3) Hildebrandt, S. 306.

nicht verhindern soll ¹⁾).

Nach § 254 I BGB entscheiden die Umstände, inwieweit der Schaden von dem Schädiger oder dem Verletzten zu tragen ist. Damit hat der Richter die Möglichkeit, die beiderseitigen Parteiinteressen in gerechter Weise gegeneinander abzuwägen und zu würdigen. Das richterliche Ermessen ist hierbei nicht an eine höhere Rechtsregel gebunden, sondern kann dem Prinzip der Billigkeit in vollem Umfang Geltung verschaffen. § 254 BGB ist nur eine besondere Ausprägung des das ganze Privatrecht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben. Nach dem Grundgedanken dieser Vorschrift sind bei mitwirkendem Verschulden auch die Interessen des Schädigers schutzwürdig, da es unbillig wäre, dem Schädiger die gesamten Nachteile aufzubürden, die ihm durch eine uneingeschränkte Ersatzleistung entstehen würden. Die Schadenslast soll zwischen den Parteien gerecht verteilt werden. Der Sinn des § 254 BGB rechtfertigt aber nur dann eine Herabsetzung des Schadensersatzanspruches, wenn der Schädiger durch den vollen Ersatz eine eigene Vermögenseinbuße erleiden würde. Kann der Schädiger den früheren Zustand wiederherstellen, ohne daß er ein eigenes Vermögensopfer erbringen muß, so besteht kein schutzwürdiges Interesse an einer Minderung der Ersatzpflicht. Ihm ist die Herstellung trotz mitwirkenden Verschuldens in voller Höhe zuzumuten, unabhängig von dem beiderseitigen Verschuldensgrad. Besteht z.B. die Ersatzleistung in der Rückgabe einer dem Verletzten gehörenden Sache ²⁾, so kann der Schädiger seiner Ersatzpflicht ohne eigenes Opfer nachkommen ³⁾. Er gibt nur die durch seine schädigende Handlung erlangten Vorteile auf. Würde man in diesem Fall das Mitverschulden des Ersatzberechtigten berücksichtigen, so käme man je nach den einzelnen Umständen zu einer Herabsetzung oder einem Ausschluß des Schadensersatzanspruches und damit zu einer Begünstigung des Schädigers, die nicht dem Sinn des § 254 BGB entspricht. Denn diese Bestimmung bezweckt nicht, dem Schädiger die aus seiner schadensersatzpflichtigen Handlung erlangten Vorteile zu belassen, sondern lediglich die Schadenslast des Schädigers zu mindern. Daher ist

1) Hildebrandt, S. 306; Palandt-Danckelmann, § 307 Bem. 1).

2) Das Beispiel stammt von Planck-Siber, § 254 Bem. 4 b).

3) Planck-Siber a.a.O.

in der Literatur ¹⁾ zutreffend betont worden, daß die Anwendung des § 254 BGB im Fall eines Anspruchs auf Naturalrestitution nur insoweit möglich ist, als die Herstellung eine Vermögensaufwendung ²⁾ des Schädigers erfordert.

In den Mißbrauchsfällen kann eine Herabsetzung des Schadensersatzanspruches somit nur erfolgen, wenn der Dritte durch die Herstellung eine eigene Vermögenseinbuße erleiden würde. Es genügt nicht, daß der Dritte lediglich die Vorteile aufgibt, die er von dem Vertretenen durch seine schadensersatzpflichtige Handlung erlangt hat; er muß gleichzeitig ein besonderes Opfer bringen. Gibt der Dritte nur den ihm aus dem Rechtsgeschäft mit dem Vertretenen zugefallenen Gewinn auf, so ist ihm die Aufgabe der erworbenen Rechtsstellung daher ohne weiteres zuzumuten. Dies gilt unabhängig davon, ob er den Schaden überwiegend verursacht oder verschuldet hat.

Ein eigenes Opfer ist für den Dritten mit dem "Verzicht" auf die Rechte, die er aus dem mißbräuchlich vorgenommenen Geschäft erworben hat, in den Fällen verbunden, in denen der Dritte im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Geschäfts Aufwendungen ³⁾ gemacht hat oder ihm Gewinn aus anderen Geschäften entgangen ist. Denn dann gibt der Dritte nicht nur den ihm zugefallenen Gewinn auf; er ist auch um den Wert der inzwischen erbrachten Aufwendungen und des Gewinns aus anderen Geschäften, die er nun nicht mehr abschließen kann, geschädigt. Seine Vermögenslage ist ungünstiger als vor dem Abschluß mit dem treulosen Vertreter; seine Vermögensverhältnisse wären somit im Ergebnis nach der Herstellung schlechter als vor der schadensersatzpflichtigen Handlung. Die Herstellung bedeutet für den Dritten daher ein eigenes Opfer. Würde man dem Dritten die Herstellung deshalb in voller Höhe zumuten, so hätte er die Schadenslast zu tragen. Die Höhe der Schadenslast richtet sich im Einzelfall nach dem Wert der erbrachten Aufwendungen und des entgangenen Gewinns.

1) Cohn, S. 379 f.; von Leyden, S. 86; Gottschalk, S. 111; Planck-Siber, a.a.O.

2) Unter Aufwendung ist hierbei jedes Vermögensopfer zu verstehen, das für einen bestimmten Zweck bewußt erbracht wird; vgl. Leonhard, § 96.

3) Z.B. Kosten für Verpackung und Übersendung der verkauften Ware, Unterhaltung und Sicherung des Geschäftsgegenstandes, Spesen und Reisekosten.

Da der Dritte die Aufwendungen zeitlich vor der Herstellung erbracht hat, könnte man einwenden, daß die Herstellung selbst für den Dritten kein Opfer bedeutet und die nachteilige Gestaltung der Vermögenslage bereits durch die Auslage der Aufwendungen eingetreten ist (z.B. mit Zahlung der Transportkosten an die Bahn). Hierbei bliebe jedoch unberücksichtigt, daß die Rechte des Dritten gegen den Vollmachtgeber nicht nur fremde, durch den Vertrag mit dem treulosen Vertreter erlangte Werte verkörpern: sie sind gleichzeitig der Ausgleich für die inzwischen aus dem eigenen Vermögen des Dritten hergegebenen Gegenstände, die dieser im Vertrauen auf seine Rechtsstellung aufgewendet hat. Solange Rechte gegen den Vertretenen bestehen, ist die Vermögensposition des Dritten bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht beeinträchtigt, da bis dahin ein Ausgleich, ein Gegenwert vorhanden ist. Erst die Aufgabe des Gegenwertes bedeutet für den Dritten - wirtschaftlich gesehen - eine Vermögenseinbuße. Denn würde der Machtgeber sich nicht auf den Mißbrauch der Vollmacht berufen und könnte der Dritte somit seine Rechtsstellung geltend machen, so wäre diesem trotz der Auslagen und des entgangenen Gewinns aus anderen Geschäften kein Schaden entstanden. Der Dritte macht die Auslagen zudem nicht in der Erwartung, daß ihm hierdurch ein Schaden entsteht, sondern ihm - nicht zuletzt wegen der Aufwendungen - Vorteile erwachsen.

Auch ein Vergleich zum Irrtumsrecht zeigt, daß eine nachteilige Gestaltung der eigenen Vermögenslage des Dritten erst mit dem Verzicht auf die Rechte gegen den Vertretenen eintritt. Schließen K. und V. einen Kaufvertrag, wobei der K. eine nach den §§ 119 oder 120 BGB anfechtbare Erklärung abgibt, so kann V. von K. nach erfolgter Anfechtung Ersatz des negativen Interesses verlangen (§ 122 BGB). Das Interesse umfaßt die im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages aufgewendeten Werte und den entgangenen Gewinn aus anderen Geschäften ¹⁾. Der Anspruch besteht nur, wenn V. von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht; denn vorher hat V. kein schutzwürdiges Interesse an einer Ersatzleistung des K., da ihm der Schaden erst durch die Anfechtung entsteht. V. hat zwar die Aufwendungen zeitlich vor der Anfechtung gemacht. Die aufgewandten Kosten führen

1) RG, Seuff Arch. 62, 131.

jedoch erst dann zu einer Wertminderung des Vermögens, wenn der wirtschaftliche Gegenwert der Aufwendungen verloren geht. Ein eigener Vermögensverlust des V. tritt erst mit der Anfechtung ein ¹⁾, also in dem Zeitpunkt, in dem die Rechte des V., die er aus dem Vertrag mit K. erworben hat, erlöschen. Erst jetzt entsteht der Ersatzanspruch auf das Vertrauensinteresse; denn § 122 BGB bezweckt, den Geschäftsgegner vor Nachteilen aus der Anfechtung zu schützen ²⁾. Der Gesetzgeber ging somit davon aus, daß die im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung aufgewandten Kosten erst dann einen Vermögensverlust für den Geschäftsgegner bedeuten, wenn sich die Erklärung als unverbindlich erweist. Dieser Gedanke, der einer vernünftigen, wirtschaftlichen Betrachtungsweise entspricht, ist auch in den Mißbrauchsfällen anzuwenden, damit eine gerechte Abwägung der beiderseitigen Parteiinteressen erreicht und so dem Grundgedanken des § 254 BGB Rechnung getragen wird.

Beim Mißbrauch der Vollmacht bringt somit der Dritte ein eigenes Opfer, wenn er sich nicht auf die erworbenen Rechte beruft und damit den früheren Zustand nach § 249, 1 BGB wiederherstellt. Der Rechtsgedanke des § 254 BGB, wonach der Schädiger nicht die gesamte Schadenslast tragen soll, wird daher wirksam. Der Schädiger hat ein schutzwürdiges Interesse an einer Minderung der Ersatzpflicht. Inwieweit eine Verteilung der Schadenslast zu erfolgen hat, richtet sich insbesondere nach dem Maß der beiderseitigen Verursachung (§ 254 I BGB). Da sowohl der Vertreter, für dessen Mitverschulden der Vertretene nach § 278 BGB einstehen muß, als auch der Dritte den Vertragsschluß und damit den Schaden in der Regel zu gleichen Teilen verursacht haben, könnte man an eine gleichmäßige Verteilung des Schadens denken. Aber auch der Grad des beiderseitigen Verschuldens ist nach § 254 I BGB zu berücksichtigen. Der treulos handelnde Vertreter hat den Schaden vorsätzlich herbeigeführt, während dem Dritten nur fahrlässiges Verhalten zur Last fällt. Zwischen den Verschuldensgraden beider Teile besteht ein Mißverhältnis: die Fahrlässigkeit des Dritten fällt gegenüber der Arglist

1) Staudinger-Coing, § 122 Bem. 2.; Palandt-Danckelmann, § 122 Bem. 1.

2) Palandt-Danckelmann, a.a.O., vgl. auch Erman-Westermann, § 122 Bem. 1.

des Vertreters weniger ins Gewicht. Die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens wird daher regelmäßig zu dem Ergebnis führen, daß der Vertretene die ganze Schadenslast zu tragen hat ¹⁾.

Der nur fahrlässig handelnde Dritte darf deshalb durch die Herstellung keine Nachteile erleiden. Verlangt der Machtgeber von dem Dritten Schadensersatz, so kann der Dritte sich somit auf das mitwirkende Verschulden berufen und die Ersatzleistung verweigern, wenn die Herstellung für ihn ein Opfer bedeuten würde, wenn er also inzwischen im Vertrauen auf seine Rechtsstellung Aufwendungen gemacht hat oder ihm Gewinne aus anderen Geschäften entgangen sind. Den Einwand des Mitverschuldens kann der Machtgeber aber entkräften, indem er dem Dritten den Betrag seiner Auslagen und des entgangenen Gewinns ersetzt. Denn nun kann der Dritte auf seine Rechte verzichten, ohne daß damit eine Wertminderung seines Vermögens eintritt. Erhält der Dritte seine Aufwendungen ersetzt, so findet der Rechtsgedanke des § 254 BGB keine Anwendung, da dem Dritten in diesem Fall die Schadenslast auch nicht teilweise aufgebürdet wird, und ihm deshalb eine Ersatzleistung zuzumuten ist. Würde man anders entscheiden, so könnte der Dritte sich immer auf seine Rechtsstellung berufen, und er hätte im Ergebnis aus seiner schadensersatzpflichtigen Handlung Vorteile erlangt, da er den gesamten Gewinn, den ihm das Rechtsgeschäft einbringt, behalten dürfte. Damit würde man zu einer Begünstigung des Dritten kommen, die dem Sinn des § 254 BGB widerspricht, da diese Vorschrift eben nur die Schadenslast des Schädigers ausschließen oder verringern soll, nicht aber dazu bestimmt ist, ihm die rechtswidrig erlangten Vorteile zu belassen ²⁾. Daher ist der Schadensersatzanspruch des Vollmachtgebers

1) Bei der Abwägung im Rahmen des § 254 I BGB (nicht auch des § 254 II BGB; RG 148, 57 f) ist std. Rechtspr., daß der vorsätzlich Handelnde den Schaden in der Regel nicht - auch nicht teilweise - auf den fahrlässig Handelnden abwälzen kann; dieser Grundsatz gilt sowohl, wenn der Schädiger vorsätzlich und der Geschädigte fahrlässig gehandelt haben: RG 69, 281; 76, 323; 148, 57 f.; RG JW 1935, 1083; 1935, 2041 f., als auch, wenn dem Geschädigten Vorsatz und dem Schädiger Fahrlässigkeit zur Last fällt: RG 130, 6; 143, 56f, RG VAE 15, 20. Eine Verteilung der Schadenslast ist nur in besonderen Fällen möglich; grobe Fahrlässigkeit genügt hierfür nicht, nach RG in JW 1935, 1083f. ist ein "ganz außerordentlich hoher Grad von Leichtfertigkeit" des fahrlässig Handelnden erforderlich; ebenso RG in JW 1935, 2042.

2) S. oben S. 37.

gegen den Dritten nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern nur um den Betrag der Aufwendungen und des entgangenen Gewinns gemindert.

Dieses Ergebnis soll an einem Beispiel deutlich gemacht werden:

Der Bevollmächtigte B verkauft im Namen seines Vollmachtgebers V unter Mißbrauch der Vollmacht einen Ring im Werte von 1000.-- DM für 750.-- DM an den Dritten D. D, der sich in fahrlässiger Unkenntnis des Mißbrauchs befindet, soll den Ring eine Woche später bei V abholen und gleichzeitig an V den Kaufpreis zahlen. Dem D entstehen durch die Fahrt zu V Unkosten in Höhe von 50.-- DM (für Fahrt, Aufenthalt und Übernachtung). Als D bei V erscheint, beruft sich V auf den Mißbrauch der Vollmacht und erklärt das Geschäft für unverbindlich. Er weigert sich, den Ring herauszugeben. -

Nach der hier vertretenen Auffassung ist zwar ein wirksamer Vertrag zustande gekommen, da D im Rahmen seiner Vertretungsmacht gehandelt hat. D ist aber dem V wegen Verletzung des vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses schadensersatzpflichtig und darf die gegen V erworbene Rechte "an sich" nicht geltend machen. Weil V jedoch für das vorsätzliche Verhalten des B verantwortlich ist, kann sich D auf § 254 I BGB berufen. Da D inzwischen Aufwendungen in Höhe von 50.-- DM gemacht hat, und die Aufgabe der Vertragsrechte für D somit ein Opfer bedeuten würde, ist nach dem Rechtsgedanken des § 254 BGB eine Minderung der Ersatzpflicht gerechtfertigt. Die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens ergibt, daß das fahrlässige Verhalten des D gegenüber dem vorsätzlichen Verhalten des B nicht ins Gewicht fällt, und dem D daher durch die Herstellung des früheren Zustandes keine Nachteile erwachsen dürfen. Da D im Vertrauen auf seine Rechtsstellung Auslagen gemacht hat, kann er gegenüber dem Schadensersatzanspruch des V den Einwand aus § 254 I BGB geltend machen und gegen Bezahlung des Kaufpreises Übereignung des Ringes verlangen. Den Einwand nach § 254 I BGB kann V aber entkräften, indem er an D 50.-- DM zahlt. Denn nun erleidet D durch die Herstellung keine Nachteile, ihm ist die Ersatzleistung zumutbar. Er gibt zwar seinen Gewinn in Höhe von 200.-- DM auf (250.-- DM weniger 50.-- DM Unkosten); damit erleidet er jedoch keinen besonderen Vermögensverlust, weil er nur die Vorteile aufgibt, die er mit dem Vertragsschluß, also mit seiner schadensersatzpflichtigen Handlung erlangt hat. Hinsichtlich dieser 200.-- DM kann eine Abwägung des beiderseitigen Ver-

schuldens nicht erfolgen, da der Rechtsgedanke des § 254 BGB insoweit nicht wirksam wird. § 254 BGB soll nicht dazu dienen, dem Schädiger die Vorteile, die er von dem Verletzten durch seine Schadensersatzpflichtige Handlung erlangt hat, zu erhalten und ihm so einen Anreiz zu einem erneuten rechtswidrigen Verhalten zu geben. Es soll nur eine Abwägung erfolgen, inwieweit die Nachteile, die dem Schädiger anderweitig durch eine uneingeschränkte Ersatzleistung entstehen würden, zwischen Verletztem und Schädiger zu verteilen sind.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß eine Anwendung der Lehre von der culpa in contrahendo im Mißbrauchsrecht notwendig zu einer Berücksichtigung des Mitverschuldens führen muß. Der Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Dritten wird hierdurch aber nicht ausgeschlossen, sondern nur gemindert. Die Anwendung des § 254 BGB führt daher nicht zu einem Scheitern der von Lehmann und Stoll begründeten Lehre ¹⁾, sondern zu einem gerechten Interessenausgleich. Während die Lösung des Problems mit Hilfe der exceptio doli oder der Vorschriften über die Stellvertretung nur eine weitgehende Berücksichtigung des Schutzinteresses des Machtgebers auf Kosten der Verkehrsinteressen ermöglicht ²⁾, wird auf dem Wege über die Lehre von der culpa in contrahendo in Verbindung mit § 254 BGB eine Verteilung des Risikos erreicht. Die Interessen des Dritten werden berücksichtigt, da er wegen des überwiegenden Mitverschuldens auf Seiten des Vertreters nur dann verpflichtet ist, den früheren Zustand wiederherzustellen, wenn der Geschäftsherr ihm seine Aufwendungen und den entgangenen Gewinn ersetzt. Andererseits wird dem Schutzinteresse des Vertretenen Rechnung getragen, da er gegen Ersatz des negativen Interesses seinen Schadensersatzanspruch gegen den Dritten durchsetzen und so verhindern kann, daß der fahrlässig handelnde Dritte aus dem Geschäft Nutzen zieht. Der Vertretene wird auf diese Weise vor größerem Schaden bewahrt. Es ist gerechtfertigt,

1) Wie dies Groß, S. 38 annimmt.

2) S. Stoll, S. 121, der mit Recht betont, daß die Anwendung der §§ 177 ff. BGB die ganze Gefahr des Mißbrauchs dem Dritten aufbürde; vgl. auch oben S. 17, 24.

daß er dem Dritten das negative Interesse ersetzen muß, falls er das Geschäft nicht gegen sich gelten lassen will, da auch der fahrlässig handelnde Dritte Schutz verdient. Für das schwerere Verschulden seines Vertrauensmannes muß der Vertretene einstehen. Dies entspricht dem Grundgedanken der Unabhängigkeit der Vollmacht, wonach in erster Linie der Geschäftsherr das Risiko eines Mißbrauchs zu tragen hat.

II. Teil.

Der Mißbrauch der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht.

§ 6 Die besondere Vertreterstellung der einzelnen Gesellschaftsorgane.

a) Allgemeines.

Die bei der Behandlung des Vollmachtmißbrauchs gefundenen Ergebnisse dienen als Grundlage für die folgende Untersuchung der gesellschaftsrechtlichen Mißbrauchsfälle. Für die Erörterung der hierbei auftauchenden Fragen ist die besondere Struktur der organschaftlichen Vertretung von wesentlicher Bedeutung. Der Gesetzgeber hat den vertretungsberechtigten Gesellschaftsorganen eine Rechtsstellung eingeräumt, die sich in wichtigen Punkten von den Befugnissen eines Bevollmächtigten unterscheidet. Daher erscheint es angebracht, die Eigenart der organschaftlichen Vertretung bei den einzelnen Gesellschaften herauszustellen. Die Vertretung bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft kann unerörtert bleiben, da sie keine Besonderheiten aufweist; die Vertretungsmacht richtet sich im Zweifel nach der Geschäftsführungsbefugnis (§ 714 BGB).

b) Die Stellung des vertretungsberechtigten Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft.

Wegen der engen persönlichen Verbundenheit der Gesellschafter untereinander wird die organschaftliche Vertretung der offenen Handelsgesellschaft (OHG) nicht von einem eigens hierfür bestellten Organ ausgeübt, sondern von den Gesellschaftern persönlich vorgenommen. Jeder einzelne Gesellschafter ist ermächtigt, die OHG nach außen hin zu vertreten. Durch die von ihm im Namen der OHG vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird die Gesamtheit der Gesellschafter unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Es bedarf weder der Mitwirkung eines Mitgesellschafters, noch wird durch dessen Widerspruch die Wirksamkeit des vorgenommenen Geschäfts beeinträchtigt. Ein Widerspruchsrecht ist ausschließlich im Innenverhältnis vorhanden (§ 114 HGB). Von der Einzelvertretungsmacht können im Gesellschaftsvertrag Ausnahmen vorgesehen werden. Sie sind aber gesetzlich eng

umrissen und in § 125 I-IV HGB erschöpfend aufgezählt. Der Sinn dieser Regelung ist darin zu sehen, im Interesse aller Teilhaber eine möglichst zügige und rasche Abwicklung der laufenden Geschäfte zu erreichen. Dem einzelnen Gesellschafter ist damit eine starke Rechtsstellung und zugleich eine bedeutsame Vertrauensposition eingeräumt worden. Trotz der Gefahr einer unrichtigen Ausübung dieser Machtstellung hielt der Gesetzgeber jene Regelung für angebracht, da bei der Personalgesellschaft eine starke Bindung der Gesellschafter untereinander besteht, und man annehmen muß, daß jeder Gesellschafter als Mitinhaber über eine ausreichende Geschäftserfahrung verfügt, mit der er die Wirtschaftlichkeit des Unternehmens nicht zuletzt im eigenen Interesse tatkräftig zu fördern sucht.

Die Vertretungsmacht eines jeden Gesellschafters ist unbeschränkt. Sie umfaßt alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte, auch wenn diese für den normalen Betrieb des betreffenden Handelsgewerbes ungewöhnlich sind. Sie ist weiter gefaßt als die Vertretungsmacht des Prokuristen, welche sich nur auf Rechtsgeschäfte erstreckt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Selbst die Veräußerung des Unternehmens ohne Firma, seine Einbringung in eine Kapitalgesellschaft, die Aufnahme eines stillen Teilhabers und größere Schenkungen (sog. Nichthandelsgeschäfte) fallen unter die Machtbefugnisse des vertretungsberechtigten Gesellschafters. - Der Bevollmächtigte des bürgerlichen Rechts hat demgegenüber in der Regel nicht die Möglichkeit, seinen Vollmachtgeber unbegrenzt zu verpflichten, da die nach außen hin bestehende Vollmacht meist nicht wesentlich über die durch das Innenverhältnis gezogenen Schranken hinausgehen wird. Dieser Unterschied ist jedoch nicht von grundsätzlicher Bedeutung, da der Bevollmächtigte durch die Erteilung einer Generalvollmacht eine ähnliche Rechtsstellung erhalten kann, wie der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer OHG sie innehat.

Ein grundlegender Unterschied gegenüber der Vollmacht des BGB zeigt sich hingegen in der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht. Während die Vollmacht inhaltlich beliebig gestaltet und begrenzt werden kann, ist der gesetzlich festgelegte Umfang der Vertretungsmacht bei der OHG unbeschränkbar. Dieser Grundsatz ist in § 126

II HGB zwingend festgelegt. Ausnahmsweise ist nur die Beschränkung der Vertretungsmacht auf eine Zweigniederlassung zulässig (§ 126 III HGB). Im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander sind Beschränkungen möglich. Ihre Anordnung darf im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Verstößt ein Gesellschafter durch die Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegen eine solche Beschränkung, so verletzt er seine Geschäftsführungsbefugnis und wird damit der Gesellschaft gegenüber schadensersatzpflichtig. Gleichwohl hat er aber innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt. Die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht dient dem Verkehrsinteresse und bezweckt den Schutz Dritter. Die Schnelligkeit und Leichtigkeit des wirtschaftlichen Verkehrs sollen gefördert werden. Der Gesetzgeber will dem Dritten möglichst Nachprüfungen über eine Begrenzung der Befugnisse des Gesellschafters durch das Innenverhältnis ersparen. - Wegen der engen persönlichen Bindungen der Gesellschafter untereinander und der mit der unbeschränkten und unbeschränkbar Einzelvertretungsmacht verbundenen starken Rechtsstellung des Vertreters, obliegt diesem eine gesteigerte Treuepflicht, seine Machtbefugnisse nicht zum Nachteil der Gesellschaft auszunutzen. Diese besondere Verantwortung des einzelnen Gesellschafters wird noch dadurch verstärkt, daß durch den Abschluß unvorteilhafter Geschäfte nicht nur die Existenz des Betriebes gefährdet wird, sondern auch das Privatvermögen der Mitgesellschafter, das dem unmittelbaren, unbeschränkten und primärem Zugriff der Gläubiger unterliegt. Eine vorsätzliche Verletzung dieses gesellschaftsrechtlichen Treueverhältnisses ist daher besonders schwerwiegend. Sie ist nach strengeren Maßstäben zu beurteilen, als die Verletzung schuldrechtlicher Pflichten, wie sie in der Regel zwischen Bevollmächtigtem und Vollmachtgeber bestehen.

Die Vertreterstellung des offenen Handelsgesellschafters ist somit einmal durch seine starke, unbeschränkbare Machtposition gekennzeichnet und zum anderen durch seine damit verbundene besondere Vertrauensstellung.

Für die Vertretungsmacht der persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft (KG) gelten die gleichen Grundsätze, die für die Vertretung eines Gesellschaftsorgans bei der OHG hervorgehoben wurden. Eine Besonderheit besteht bei der KG nur insofern,

als einige Gesellschafter, die Kommanditisten, von der Vertretung gesetzlich ausgeschlossen sind. Die Kommanditisten können unmittelbare Rechtswirkungen für und gegen die Gesellschaft nur herbeiführen, wenn sie für die Vornahme des Rechtsgeschäfts eine besonders erteilte Vollmacht erhalten haben. Der Mißbrauch einer solchen Vollmacht würde jedoch nur nach allgemeinen bürgerlichrechtlichen Regeln zu entscheiden sein, da die §§ 125 ff. HGB in diesem Fall nicht anwendbar sind.

c) Die Stellung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft.

Die Vertretung der Aktiengesellschaft (AG) wird im Gegensatz zur OHG nicht von den einzelnen Gesellschaftern wahrgenommen. Diese treten bei den Körperschaftlich organisierten Verbänden weniger stark in Erscheinung. Die Ausführung des Gemeinwillens obliegt vielmehr einem eigenen Verwaltungsträger, dem Vorstand. Er kann aus einer oder mehreren Personen bestehen und ist oberstes geschäftsführendes Organ. Durch seine Handlungen wird die Gesellschaft unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft besteht ein Anstellungsvertrag, der entweder Auftrag oder Dienstvertrag ist; in ihm sind die einzelnen Rechte und Pflichten des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft festgelegt. Die Vertretungsmacht des Vorstandes gegenüber Dritten setzt einen besonderen rechtsgeschäftlichen Bestellungsakt voraus, der von dem Anstellungsvertrag unterschieden werden muß. Die Bestellung erfolgt durch den Aufsichtsrat auf höchstens 5 Jahre (§ 75 I, 1 AG). Neben dem Aufsichtsrat, der Hauptversammlung und den Abschlußprüfern ist der Vorstand das vierte notwendige Organ der AG. Ohne seine Bestellung kann die Gesellschaft nicht in das Handelsregister eingetragen werden. Besteht der Vorstand aus mehreren Mitgliedern, so herrscht der Grundsatz der Gesamtvertretung, wonach die Vorstandsmitglieder die AG nur gemeinsam vertreten können (§ 71 II, 1 AG). Die Satzung kann aber auch Einzelvertretung bestimmen (§ 71 III AG).

Der Vorstand ist der vom Gesetzgeber ausersehene Geschäftsleiter, der unter eigener Verantwortung seine Entscheidungen zu treffen hat. Seine Machtfülle ist außerordentlich groß. Der Umfang seiner Vertretungsmacht ist unbegrenzt. Er kann selbst Rechtsgeschäfte vor-

nehmen, die dem Satzungszweck der Gesellschaft fremd sind. Jede gewillkürte Beschränkung seiner Vertretungsmacht ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 74 II AG.). Nur soweit der Gesetzgeber selbst diesen Grundsatz eingeschränkt hat, kann der Vorstand keine rechtsverbindlichen Geschäfte im Namen der AG tätigen. Im Verhältnis zur Gesellschaft muß der Vorstand die Geschäfte so führen, daß er dabei im Einklang mit der Satzung und dem Anstellungsvertrag handelt und nicht gegen die durch den Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung festgesetzten Weisungen verstößt (§ 74 I AG.). Hält er die ihm auferlegten Beschränkungen nicht ein, so verletzt er den Anstellungsvertrag und macht sich gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig. Dem Vorstand obliegt aus dem Anstellungsvertrag auf Grund seiner gehobenen Stellung eine besondere Treuepflicht¹⁾. Seine Vertrauensposition gebietet ihm, mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln für das Wohl des Unternehmens, der Aktionäre und der Arbeitnehmerschaft zu sorgen. Darüberhinaus hat er das Interesse der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Der Vorstand trägt eine besonders hohe Verantwortung, da das Schicksal eines in der Regel bedeutenden wirtschaftlichen Unternehmens von seiner Tatkraft und Initiative entscheidend abhängt. Seine Stellung unterscheidet sich grundlegend von den Rechten und Pflichten eines bevollmächtigten Angestellten, dem der Abschluß bestimmter Geschäfte im Namen der Gesellschaft übertragen wurde. Ein Vertrauensbruch des mit Führungsaufgaben betreuten Vorstandes ist deshalb schwerwiegender, als die mißbräuchliche Ausnutzung einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht durch einen Angestellten. Dies wird durch die strenge Haftung des Vorstandes bestätigt. Ist der Gesellschaft aus dem Verhalten eines Vorstandsmitgliedes ein Schaden entstanden, so hat das Mitglied im Gegensatz zu den allgemeinen Beweisregeln des Schuldrechts darzulegen, daß es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat. Das Vorstandsmitglied haftet auf Schadensersatz, wenn ihm der Entlastungsbeweis nicht gelingt.

1) Daß die AG eine juristische Person darstellt, hindert nicht die Annahme einer Treuepflicht. Denn eine Treuepflicht kann auch "gegenüber einer juristischen Person eine Rolle spielen, wobei ethisch gesehen die Treue gegenüber der Gemeinschaft in Betracht kommt, die in der Rechtsform der juristischen Person organisiert wird,....."; so Hueck, Treuegedanke, S. 13 f.

d) Die Stellung des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Als juristische Person kann die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) wie die AG nur durch ihre Organe tätig werden. Oberstes Organ ist die Gesamtheit der Gesellschafter. Daneben handelt die GmbH durch mindestens einen Geschäftsführer, der als ordentliches Außenorgan eine ähnliche Stellung innehat, wie der Vorstand der AG. Er hat die Aufgaben der Geschäftsführung und Vertretung. Seine Bestellung erfolgt durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter (§§ 6 II, 2, 46 Z. 5 GmbHG). Die Vertretungsmacht des Geschäftsführers ist unbeschränkt. Sie kann weder durch die Satzung oder einen Gesellschafterbeschluß, noch durch den zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer bestehenden Anstellungsvertrag begrenzt werden (§ 37 II GmbHG). Der Geschäftsführer ist nur im Innenverhältnis an die Beschränkungen gebunden (§ 37 I GmbHG). Als Dienstverpflichteter mit entscheidenden Machtbefugnissen hat er eine weitgehende Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft. Dem entspricht seine strenge Haftung nach § 43 GmbHG.

e) Die Stellung des Komplementärs einer Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Die organschaftliche Vertretung der Kommanditgesellschaft auf Aktien wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter ausgeübt. Ihre Vertretungsmacht beruht nicht auf einem besonderen Bestellungsakt, sondern stützt sich auf den Gesellschaftsvertrag. Sie verkörpern eine ähnliche Rechtsstellung wie die Komplementäre einer KG und die Gesellschafter einer OHG (§ 249 II AG). Der Umfang ihrer Vertretungsmacht ist ebenfalls unbeschränkt und unbeschränkbar.

f) Die Stellung des Vorstandes einer eingetragenen Genossenschaft.

Die eingetragene Genossenschaft wird durch ihren Vorstand vertreten, der aus mindestens zwei Personen besteht. Die Vorstandsmitglieder müssen Genossen sein (§ 9 II, 1 GenG.). Zwischen ihnen und der Gesellschaft besteht ein Dienst- oder Auftragsverhältnis. Ihre unbeschränkte Vertretungsmacht kann gegenüber Dritten weder durch das Statut noch durch die Generalversammlung begrenzt werden (§ 27 II

GenG). Im Innenverhältnis obliegt den Vorstandsmitgliedern die besondere Treuepflicht, die ihnen auferlegten Beschränkungen einzuhalten und ihre Machtbefugnisse nicht zum Nachteil der Gesellschaft auszunutzen (§ 27 I GenG).

g) Ergebnis.

Die Behandlung der verschiedenen organschaftlichen Vertreter hat gezeigt, daß ihre Rechtsstellungen wesentliche gemeinsame Besonderheiten gegenüber der Stellung eines Bevollmächtigten aufweisen. Dies gilt vor allem für ihre unbegrenzte und unbeschränkbare Vertretungsmacht, die in erster Linie den Schutz des Geschäftspartners bezweckt, der auf die Wirksamkeit des von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfts vertraut. Neben der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht ist die bei allen Gesellschaftsorganen vorhandene besondere Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft hervorzuheben. Je nach der einzelnen Gesellschaftsform ergibt sich diese gesteigerte Treuepflicht aus dem Gesellschafts- oder dem Anstellungsvertrag. In jedem Fall nimmt der organschaftliche Vertreter eine Vertrauensstellung ein, die in hohem Maße zur Treue verpflichtet. Die gesteigerte Treuepflicht ist nicht nur für das Innenverhältnis zwischen Organ und Gesellschaft von Bedeutung, sondern kann auch Rechtswirkungen gegenüber Dritten hervorrufen, wenn diese das treulose Verhalten des Vertreters unterstützen ¹⁾.

Soweit die Rechtsstellungen der einzelnen vertretungsberechtigten Organe Unterschiede aufweisen, berühren diese nicht den besonderen Interessengegensatz zwischen Gesellschaft und Geschäftsgegner und sind daher für die Lösung der gesellschaftsrechtlichen Mißbrauchsprobleme nicht entscheidend.

Eine besondere gesellschaftsrechtliche Mißbrauchsproblematik ergibt sich erst durch den Grundsatz der Unbeschränkbarkeit. Da dieser bei allen Gesellschaften wiederkehrt, werden in der folgenden Untersuchung der gesellschaftsrechtlichen Mißbrauchsfälle die verschiedenen Gesellschaftsformen einheitlich behandelt.

1) Vgl. BGH 12, 318 ff.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Kollusionsfälle findet sich weder im bürgerlichen Recht noch im Gesellschaftsrecht. Umso mehr haben sich Rechtsprechung und Schrifttum mit den Kollusionsfragen befaßt. Übereinstimmung herrscht darüber, daß der Vertretene - auch bei der unbeschränkbaren gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht - in möglichst umfassender Form vor dem arglistigen Zusammenspiel zwischen Vertreter und Geschäftsgegner geschützt werden muß. Im einzelnen bestehen aber auch heute noch Zweifel, was besonders für die Begründung der Rechtsfolgen gilt.

a) Voraussetzungen der Kollusion.

Der objektive Tatbestand der Kollusion erfordert, daß das vertretungsberechtigte Organ seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet und damit gegen die internen Beziehungen gegenüber der Gesellschaft verstößt. Darüberhinaus muß die Vertretungshandlung interessenwidrig sein. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn die Gesellschaft mit dem Abschluß eine nachteilige Gestaltung ihrer Vermögensverhältnisse erleidet ¹⁾.

Subjektiv muß der Vertreter bewußt die im Innenverhältnis bestehenden Schranken seiner Machtbefugnisse überschreiten und daher vorsätzlich die ihm obliegende Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verletzen. Eine unbewußte Verletzung der Geschäftsführungsbefugnis reicht zur Begründung des Kollusionstatbestandes nicht aus, selbst wenn das Vertretungsorgan grob fahrlässig handelte ²⁾.

Weiter muß sich der Vorsatz des Vertreters auf den Schadenseintritt erstrecken. Es genügt *dolus eventualis* ³⁾. Danach ist erforderlich, daß der Vertreter die für die Gesellschaft unvorteilhafte Folge des

1) Vgl. Klas, S. 16.

2) Ob das unbewußt interessenwidrige Verhalten des Vertreters aus anderen Gründen die Unverbindlichkeit des Geschäfts begründen kann, ist eine andere Frage; vgl. dazu § 10 dieser Arbeit.

3) Vgl. Klas, S. 18.

Geschäfts als möglich voraussah und diese Folge für den Fall ihres Eintritts billigte. Es liegt nahe, *dolus eventualis* anzunehmen, wenn das Gesellschaftsorgan eigene Vorteile von dem Geschäftsabschluß erhoffte. In diesem Fall kann das Organ allerdings auch in gutem Glauben gehandelt haben, da ein Geschäft sowohl dem persönlichen Interesse des Vertreters als auch dem Interesse der Gesellschaft entsprechen kann. Daß *dolus eventualis* als Voraussetzung für die Kollusionsfälle ausreicht, ist zwar in der Rechtsprechung nicht immer ausdrücklich betont worden. Einige Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts verlangen im Gegenteil, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter in der Absicht widerrechtlicher Schädigung gehandelt haben müsse ¹⁾. Es ist aber anzunehmen, daß das Reichsoberhandelsgericht das Wort "Absicht" nur untechnisch verstand und die Absicht dem allgemeinen Begriff des Vorsatzes gleichstellen wollte. Dies kann man aus den Tatbeständen der Urteile entnehmen, die den Entscheidungen des Gerichts zugrunde lagen. Danach waren die eigentlichen Beweggründe, die den Vertreter zu seinem treulosen Verhalten veranlaßten, nicht die Schädigung der Gesellschaft (z.B. aus Rachsucht), sondern die Erzielung eigener Vermögensvorteile. Die Schädigung der Gesellschaft wurde nur als notwendige Begleiterscheinung in Kauf genommen ²⁾. Auch aus der Tatsache, daß das Gericht den § 826 BGB als Rechtsfolge anführt, kann man schließen, daß bedingter Vorsatz genügen soll, da diese Vorschrift ebenfalls nur *dolus eventualis* verlangt ³⁾.

Wenn das Vertretungsorgan in den meisten Fällen auch aus eigensüchtigen Motiven tätig wird, so ist dies doch keine notwendige Voraussetzung des Kollusionstatbestandes. Ebenso kann der Vertreter fremde Interessen (z.B. die des Geschäftsgegners) verfolgen oder aus Neid oder Rachsucht handeln. In diesen Fällen ist die Gesinnung des Vertreters ebenso verwerflich und die Gesellschaft in gleichem Maße schutzbedürftig.

Der Geschäftsgegner kennt in den Kollusionsfällen das treulose Verhalten des Gesellschaftsorgans. Er weiß, daß der Vertreter seine

1) ROHG 5, 297; 7, 404; 9, 432; ebenso RG 9, 149.

2) Ebenso Klas, S. 19; Berger, S. 24; Bäumer, S. 5.

3) Klas, S. 20.

Geschäftsführungsbefugnis überschreitet und die Schädigung der Gesellschaft in Kauf nimmt. In vielen Fällen gibt oder verspricht er dem Vertreter eine Belohnung für sein ungetreues Verhalten, um aus dem Geschäft zum Schaden der Gesellschaft eigene Vorteile zu erlangen (Bestechungsfälle). Es ist auch denkbar, daß die Vorteile nur dem Vertreter oder einem Dritten zufallen sollen. In jedem Fall muß der Geschäftsgegner mit einem Schadenseintritt auf Kosten der Gesellschaft einverstanden sein. Geschäftsgegner und Vertreter handeln hierbei in bewußtem Einvernehmen auf Grund einer ausdrücklichen Absprache. Fehlt es an einer ausdrücklichen Übereinkunft, so liegt zwar eine Kollusion nach der ursprünglichen Wortbedeutung nicht vor. Mit Recht sind aber verschiedentlich zur Kollusion (im weiteren Sinne) auch die Fälle gezählt worden, in denen zwischen Vertreter und Geschäftsgegner zwar kein ausdrückliches Einvernehmen gegeben ist oder bewiesen werden kann, in denen der Geschäftsgegner aber die Pflichtverletzung und den Schädigungsvorsatz des Vertreters erkannte ¹⁾. Denn der kontrahierende Geschäftsgegner verdient in diesen Fällen ebensowenig Schutz. Die Gesinnung des Vertreters ist hier genau so verwerflich wie in den eigentlichen Kollusionsfällen. Sowohl Vertreter als auch Geschäftsgegner handeln sittenwidrig ²⁾.

b) Rechtsfolgen der Kollusion.

Als Rechtsfolge der Kollusion kommt zunächst die Nichtigkeit des Geschäfts nach § 138 I BGB in Betracht. Danach ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Das Geschäft selbst, also vorwiegend sein Inhalt, muß sittenwidrig sein. In den Kollusionsfällen ist der objektive Inhalt des Geschäfts für sich allein betrachtet in der Regel nicht unsittlich ³⁾; das Geschäft hat einen neutralen, gesetzlich zulässigen Inhalt. Verwerflich sind vielmehr die Beweggründe, die zu dem Abschluß geführt haben: Vertreter und Geschäftsgegner schließen das Geschäft, um sich oder einem anderen auf Kosten der Gesellschaft unredliche Vorteile zu verschaffen. Aber nicht nur Inhalt, sondern auch Beweggründe und

1) ROHG 9, 432; RG 15, 207; Klas, S. 23; Berger, S. 26; Bäumer, S. 5; Roitzsch, S. 28.

2) Klas, a.a.O.

3) Hezel, S. 33.

Zweck können dem Geschäft ein unsittliches Gepräge geben. Es genügt, wenn das Geschäft nach seinem Gesamtcharakter, der durch Inhalt, Beweggründe und Zweck bestimmt wird, gegen die guten Sitten verstößt ¹⁾. Dies ist in den Bestechungsfällen zu bejahen, in denen der Geschäftsgegner dem Vertretungsorgan ein Geschenk zuwendet oder verspricht, und so den für die Gesellschaft nachteiligen Abschluß erreicht ²⁾; denn hier erhält das Geschäft seinen unsittlichen Charakter durch die Hingabe des Schmiergeldes. Aber auch in den Fällen, wo Geschäftsgegner und Vertretungsorgan in ausdrücklichem Einverständnis zwecks Schädigung der Gesellschaft zusammenwirken, verstößt das Geschäft gegen die guten Sitten. Das arglistige Zusammenspiel, das den nachteiligen Abschluß ermöglicht hat, gibt dem Geschäft seinen eigenen Charakter und damit sein unsittliches Gepräge. Denn die verwerfliche Absprache zwischen Geschäftsgegner und Vertretungsorgan ist nicht von den eigentlichen Vertragsverhandlungen und dem durch sie bestimmten Inhalt des Geschäfts zu lösen, sondern steht hierzu in engstem Zusammenhang. Das Rechtsgeschäft ist daher nach § 138 I BGB nichtig.

Kipp hat gegen die Anwendung des § 138 I BGB in diesen Fällen Bedenken geäußert ³⁾. Ein Vertrag sei zwar sittenwidrig, wenn die Parteien zusammenwirken, um einen Dritten, der außerhalb des Vertrages steht, zu schädigen. Dieser Grundsatz sei in den Kollisionsfällen aber nicht anwendbar, da sich hier die Schädigungsabsicht gegen eine der Vertragsparteien, den Vertretenen, richte. Der Einwand Kipps ist als zu formalistisch mit Recht abgelehnt worden, da der Tatbestand des § 138 BGB zu sehr begrenzt würde ⁴⁾. Die enge Auslegung Kipps entspricht weder dem Wortlaut noch dem Sinn des § 138 I BGB. Denn der Rechtsgedanke dieser Vorschrift erstreckt sich auch auf die Fälle des arglistigen Zusammenwirkens zwischen Vertreter und Geschäftsgegner, da es dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht, wenn die Vertrauensstellung des Vertreters zum Schaden des Vertretenen ausgenutzt wird.

1) RG 56, 231; 114, 341; 154, 303.

2) RG 86, 148; 130, 142; 134, 48; RG, Recht 1923, Nr. 853.

3) S. 287.

4) Berger, S. 30; Hezel, S. 34 f.; Roitzsch, S. 32; Weiser, S. 11.

Fehlt es hingegen an einer ausdrücklichen Absprache zwischen Vertretungsorgan und Geschäftsgegner, hat dieser aber den Mißbrauch der Vertretungsmacht erkannt (Kollusion im weiteren Sinne), so ist das Geschäft nicht sittenwidrig ¹⁾. Zwar haben sich Organ und Geschäftspartner hier ebenfalls von unsittlichen Beweggründen leiten lassen, als sie den Vertrag zum Nachteil der Gesellschaft abschlossen. Die verwerflichen Motive führen hier aber nicht zu einer unsittlichen Gestaltung des Geschäfts. Denn die beiderseitigen unsittlichen Beweggründe sind nicht so stark in Erscheinung getreten, als daß sie dem Gesamtcharakter des Geschäfts ein unsittliches Gepräge geben könnten. "Nichtigkeitsgrund ist Moralwidrigkeit des Geschäfts, nicht der Geschäftsgenossen." ²⁾ Das Geschäft ist somit wirksam, obwohl der Geschäftsgegner das treulose Verhalten des Vertreters gekannt hat.

Die Gesellschaft hat aber in diesem Fall gegen den Geschäftsgegner einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB, da er der Gesellschaft in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugefügt hat. Der Sittenverstoß ist darin zu sehen, daß er den Treuebruch des Vertretungsorgans unterstützte und auf Kosten der Gesellschaft ausnutzte. Es verstößt gegen das allgemeine Anstands- und Billigkeitsgefühl, wenn man eigene Interessen rücksichtslos durchsetzt, ohne die Belange des Vertragspartners zu schonen. Die Schädigung des Geschäftsgegners ist häufig die notwendige Folge der eigenen erfolgreichen wirtschaftlichen Betätigung. Es liegt in dem Wesen eines gesunden Wettbewerbs begründet, daß jeder in erster Linie eigene Interessen wahrnehmen muß ³⁾. Die Parteien dürfen hierbei aber keine unlauteren Kampfmittel anwenden. Insoweit findet die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit ihre Grenze ⁴⁾. Als unerlaubte Kampfhandlung ist es anzusehen, wenn die vorsätzliche Vertragsverletzung des Vertreters gegenüber dem Vertretenen zu dessen Nachteil von dem Geschäftsgegner ausgenutzt wird. Zwar ist die Ausnutzung fremden Vertragsbruchs nicht schlechthin sittenwidrig, wenn

¹⁾ Kuhr, S. 23 f.; Klas, S. 31; Hezel, S. 35; a.A. Berger, S. 29.

²⁾ Oertmann, § 138 Bem. B 1 c) B).

³⁾ Vgl. RG, JW 1926, 1982 Nr. 9; RGR Komm. z. BGB, § 826 Bem. 5 n).

⁴⁾ RG 64, 158; 81, 7 f.; 93, 304 f.; RG, JW 1927, 112 Nr. 14.

sie zu Wettbewerbszwecken geschieht ¹⁾. Es müssen besondere Umstände gegeben sein, die das Verhalten des Wettbewerbers als sittenwidrig erscheinen lassen ²⁾. Diese Umstände liegen jedoch beim Mißbrauch der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht vor, da der Geschäftsgegner sich hier an der vorsätzlichen Verletzung eines besonderen Treueverhältnisses beteiligt hat. Der organschaftliche Vertreter hat nicht bloße schuldrechtliche Vertragspflichten verletzt, sondern seine gesteigerte Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft ³⁾ und hat damit einen besonders schweren Vertrauensbruch begangen. Dementsprechend ist die Unterstützung und Ausnutzung eines solchen Treuebruchs verwerflicher als die Beteiligung an einer normalen Vertragsverletzung ⁴⁾. Sie kann nicht mehr mit den Sittengesetzen vereinbart werden. Auch wenn man keine besonders strengen Maßstäbe anlegt, muß man das Verhalten des Geschäftsgegners als sittenwidrig ansehen ⁵⁾. Da anzunehmen ist, daß der Geschäftsgegner mit dem Schadenseintritt einverstanden war - sonst hätte er nicht mit dem treulosen Vertreter abgeschlossen - , hat er der Gesellschaft den Schaden vorsätzlich zugefügt ⁶⁾. Damit sind alle Voraussetzungen des § 826 BGB gegeben. Die Gesellschaft kann verlangen, daß der Geschäftsgegner seine sittenwidrig erworbene Rechtsstellung nicht geltend macht (§ 249 BGB). Auf diesen Schadensersatzanspruch kann sich die Gesellschaft auch einredeweise berufen ⁷⁾.

Eine Verteilung der Schadenslast nach § 254 I BGB ist ausgeschlossen. Zwar hat der organschaftliche Vertreter, für dessen Mitverschulden die Gesellschaft nach § 278 bzw. § 31 BGB einstehen muß,

1) S. Fikentscher, S. 296.

2) BGH 12, 308 (318) mit weiteren Nachw. aus der Rechtsprechung; vgl. auch Fikentscher, a.a.O.

3) Gleichgültig ist dabei, ob er als Vertreter einer Personal- oder Kapitalgesellschaft auftritt; vgl. o.S. 51.

4) Vgl. BGH 12, 320.

5) Hier zeigt sich, daß die ausgeprägte Treuepflicht des Gesellschaftsorgans gegenüber der Gesellschaft auch das Verhältnis zwischen Vertreter und Geschäftsgegner berührt.

6) § 826 BGB erfordert nur dolus eventualis; s. Enneccerus-Lehmann, § 236 II. 2. a).

7) RG 58, 356 f.; das Reichsgericht entnimmt die Einrede aus § 853 BGB.

den Schaden vorsätzlich mitverursacht ¹⁾. Die gerechte Abwägung der beiderseitigen Parteiinteressen ergibt aber, daß der Geschäftsgegner den ganzen Schaden zu tragen hat. Denn es besteht kein schutzwürdiges Interesse des Geschäftsgegners an einer Minderung der Ersatzpflicht, da die Schadenszufügung vorsätzlich und sittenwidrig erfolgte. Es würde der Billigkeit und damit dem Rechtsgedanken des § 254 BGB widersprechen, wenn sich der sittenwidrig handelnde Geschäftsgegner auf das Mitverschulden des Vertreters berufen könnte ²⁾.

Der Schadensersatzanspruch der Gesellschaft aus § 826 BGB ist somit in voller Höhe gegeben. Daneben besteht ein Anspruch aus culpa in contrahendo, da der Geschäftsgegner durch den Abschluß mit dem treulosen Vertreter vorsätzlich das vorvertragliche Vertrauensverhältnis zwischen ihm und der Gesellschaft verletzt hat. Die Gesellschaft kann ebenso wie nach § 826 BGB verlangen, daß der Geschäftsgegner seine rechtswidrig erlangten Ansprüche nicht geltend macht ³⁾.

Der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht steht weder dem Anspruch aus § 826 BGB noch dem aus culpa in contrahendo entgegen; denn dieser Grundsatz rechtfertigt nicht eine unsittliche und unredliche Handlungsweise. Er soll nur das berechnete Verkehrsinteresse schützen, "nicht aber Untreue-Handlungen Vorschub leisten" ⁴⁾. Daher ist die Ansicht abzulehnen, die wegen der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht annimmt, daß dem Geschäftsgegner nur das vereinbarte Zusammenwirken mit dem Vertreter schade ⁵⁾. Ebenso ist die Kenntnis des Dritten von dem Mißbrauch der Vertretungsmacht rechtserheblich, da der Geschäftsgegner auch in diesem Falle keinen Schutz verdient ⁶⁾.

-
- 1) Eine Personalgesellschaft muß für das Mitverschulden ihrer organ-schaftlichen Vertreter nach §§ 254 I, 278 BGB eintreten; eine Kapitalgesellschaft ist hingegen nach §§ 254, 31 BGB für das Mitverschulden ihrer organschaftlichen Vertreter verantwortlich, da das Verschulden des Organs als eigenes Verschulden der juristischen Person anzusehen ist; vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 110 I. 4.
 - 2) Vgl. Hezel, S. 37 f.
 - 3) S. Hueck, OHG, S. 187 f.
 - 4) Hueck, a.a.O.
 - 5) So Crüger-Crecelius, GmbHG, § 37 Bem. 3.; Liebmann-Saenger, § 37 Bem. II.3.; Parisius-Crüger-Crecelius, GenG, § 27 Anm. 14; Meyer-Meulenbergh, § 27 Bem. 2); dagegen mit Recht Berger, S. 38.

§ 8 Das treulose Handeln des Gesellschaftsorgans und
die fahrlässige Unkenntnis des Geschäftsgegners.

Während über die Fragen der Kollusion weitgehende Übereinstimmung besteht, ist auch heute noch zweifelhaft, ob die Gesellschaft über den engen Kollusionstatbestand hinaus in den anderen Mißbrauchsfällen geschützt werden kann. Schwierigkeiten bereiten besonders die Fälle, in denen der Geschäftsgegner das treulose Verhalten des vertretungsberechtigten Organs zwar nicht erkannt hat, aber erkennen mußte. Hier ist sehr bestritten, inwieweit die Ergebnisse über den bürgerlichrechtlichen Vollmachtmißbrauch angewandt werden können, da der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht erkennen läßt, daß der Geschäftsgegner einen weitgehenden Schutz genießen soll. Fraglich ist besonders, ob die Annahme einer Prüfungspflicht des Geschäftsgegners für den rechtsgeschäftlichen Verkehr eine Belastung bedeutet, die dem Sinn der speziellen gesellschaftsrechtlichen Regelung widerspricht.

a) Stellungnahme der Rechtsprechung.

Die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts hatte unter der Herrschaft des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches nur in den Kollusionsfällen angenommen, daß die vertretene Gesellschaft sich gegenüber dem Geschäftsgegner auf den Mißbrauch der Vertretungsmacht berufen kann ¹⁾. Als Mindesttatbestand der Kollusion wurde die Kenntnis des Geschäftsgegners von der Schädigungsabsicht des Vertreters verlangt ²⁾. In allen anderen Fällen hielt das Reichsoberhandelsgericht einen Mißbrauch wegen der beiderseitigen Unabhängigkeit von Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis im Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten für unbeachtlich. Dieser Rechtsprechung schloß sich das Reichsgericht zunächst an. Selbst als

6) Überwiegende Lehre; vgl. etwa ROHG 9, 432; RG 58, 356 f.; 145, 314 f.; Kipp, S. 286; Siebert, Mißbrauch, S. 646, 652; Stoll, S. 128; Hueck, OHG, S. 187; Weipert, in RGR Komm. z. HGB, § 126 Anm. 21; Schlegelberger-Geßler, § 126 Bem. 22; Schilling in Hachenburg, § 37 Anm. 12; Baumbach-Duden, § 126 Bem. 5) D.

1) ROHG 5, 294 ff.; 6, 134 ff.; 7, 404; 9, 430 ff.; 15, 22; 19, 336.

2) ROHG 9, 432.

das Reichsgericht allmählich die fahrlässige Unkenntnis des Dritten beim Vollmachtmißbrauch als rechtserheblich ansah, ließ es in den Mißbrauchsfällen der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht das fahrlässige Verhalten des Dritten für die Unverbindlichkeit des Geschäfts nicht genügen, sondern verlangte nach wie vor auf der Seite des Geschäftsgegners wissentliches Mitwirken. Diese Auffassung zeigt sich besonders in einer Entscheidung vom 14. Juni 1909 ¹⁾. Während dem Machtgeber bei einem erkennbaren Mißbrauch der Vollmacht ein "Anfechtungsrecht" oder eine Einrede zustehe, könne dem Vertretenen bei der unbeschränkbaren Vertretungsmacht aus § 126 HGB oder § 37 GmbHG eine Einrede nur im Falle der Kollusion gewährt werden.

In einer vielbeachteten neueren Entscheidung vom 5. November 1934 ²⁾ gab das Reichsgericht jedoch seinen bisher vertretenen Standpunkt auf. Dem Urteil lag folgender Tatbestand zugrunde: Die klagende Aktiengesellschaft war zum Erwerbe eines Grundstücks gegründet worden, das ihrem Vorstand, dem Dr. B, gehörte, und in welches auf B etreiben eines Hypothekengläubigers die Zwangsvollstreckung angeordnet war. Um die erforderlichen Geldmittel zu beschaffen, setzte sich Dr. B mit dem Verbandsdirektor des Beklagten, D, in Verbindung. Der beklagte Verband öffentlicher Feuerversicherungsanstalten sollte dem in Aussicht genommenen Geldgeber als Deckung Wertpapiere liefern. D verpflichtete sich als Vertreter des Beklagten schriftlich, der Klägerin zwei Millionen Gold-Kommunalobligationen oder Hypothekenzinsbriefe zur Verfügung zu stellen, welche die Klägerin lombardieren könne. Die klagende Aktiengesellschaft hatte inzwischen das Grundstück mit Hilfe einer Bietungskautions des Bankiers E ersteigert und den Zuschlag erhalten. Da die Wertpapiere nicht zu dem vereinbarten Zeitpunkt geliefert wurden, konnte die Klägerin am Verteilungstermin nicht zahlen. Das Grundstück wurde daher wieder versteigert und dem betreibenden Hypothekengläubiger zugeschlagen. Die Klägerin fordert Schadensersatz, weil der Beklagte seine Verpflichtung, die ihm durch das von D wirksam abgegebene Versprechen entstanden sei, nicht erfüllt habe. Der Beklagte

1) RG 71, 219 ff. (222).

2) RG 145, 311 ff.

hält das Versprechen für unverbindlich, da ein Mißbrauch der Vertretungsmacht vorliege, und die Klägerin das treulose Verhalten des D hätte erkennen müssen. Die Klage wurde von beiden Vorinstanzen abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Das Reichsgericht schließt sich in seinen Urteilsgründen der Ansicht des Berufungsgerichts an, wonach Dr. B ein verbandsfremdes Geschäft getätigt habe, und ein Dritter aus zweckfremden Rechtsgeschäften einer juristischen Person keine Rechte herleiten könne, wenn er die Zweckfremdheit - wie im vorliegenden Fall - erkennen mußte; denn es sei dann ein erkennbarer Mißbrauch der Vertretungsmacht gegeben. Dieser Mißbrauch könne den Ansprüchen des Geschäftsgegners (hier der klagenden AG) entgegengehalten werden. Es bestehe kein Grund, den Mißbrauch einer gesetzlichen Vertretungsmacht anders zu behandeln als den bürgerlichrechtlichen Vollmachtmißbrauch. Das Reichsgericht betont ausdrücklich, daß es seine frühere Ansicht (RG 71, 222) aufgibt, wonach in den Fällen der gesetzlichen Vertretungsmacht nur wissentliches Mitwirken dem Geschäftsgegner schadet. Während dem Vertretenen in den Kollusionsfällen die Einrede des unerlaubten Rechtserwerbs zustehe (§§ 826, 853 BGB), habe er bei fahrlässiger Unkenntnis des Dritten die Einrede der unerlaubten Rechtsausübung (§ 826 BGB). Diese Einrede könne der Vertretene allen Ansprüchen entgegensetzen, die auf dem Verhalten des Vertreters beruhen, ohne Unterschied, ob der Geschäftsgegner vertragliche, vorvertragliche oder deliktische Ansprüche geltend mache. Denn immer sei entscheidend, daß der Mißbrauch für den Gegner erkennbar gewesen sei. Die Klage der Aktiengesellschaft sei daher abzuweisen.

In dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall handelt es sich um den Mißbrauch der Vertretungsmacht einer juristischen Person des öffentlichen Rechts. Die Entscheidungsgründe beziehen sich aber auch auf die in dieser Arbeit zu untersuchenden Fälle der unbeschränkbaren gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht, da das Reichsgericht in allen Fällen der sogenannten "gesetzlichen" Vertretungsmacht für eine Gleichstellung mit dem Vollmachtmißbrauch eintritt ¹⁾.

¹⁾ Unter "gesetzlicher" Vertretungsmacht verstand das Reichsgericht u. a. sowohl die Vertretungsmacht der Vorstandsmitglieder juristischer Personen als auch die der vertretungsberechtigten Gesellschafter einer Personengesellschaft; vgl. RG 71, 222; vgl. auch Siebert, JW 1935, 1012.

Soweit das Reichsgericht den § 826 BGB als Rechtsgrundlage für seine Entscheidung heranzieht, müssen gegen die Urteilsgründe Bedenken erhoben werden, da diese Vorschrift eine vorsätzliche Schadenszufügung verlangt. Das fahrlässige Verhalten des Geschäftsgegners wird durch den Tatbestand des § 826 BGB nicht erfaßt ¹⁾. Bedenklich ist auch, wenn das Reichsgericht in seiner Entscheidung dazu neigt, dem Dritten weitgehend das Risiko eines Mißbrauchs aufzubürden. Das Reichsgericht stellt ganz allgemein fest, daß der Dritte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anwenden müsse, ohne die Prüfungspflicht näher zu bestimmen und zu begrenzen. Hierdurch entsteht die Gefahr einer Überspannung der Sorgfaltspflicht ²⁾. Es wird nicht berücksichtigt, daß in erster Linie der treulose Vertreter den Schaden verursacht hat und der Vertretene für das Verhalten seines Vertrauensmannes einstehen muß ³⁾. Das Reichsgericht sieht in jeder Hinsicht nur das fahrlässige Verhalten des Geschäftsgegners als entscheidend an. Die Interessen des Gegners werden nicht geschützt, da er den gesamten Schaden zu tragen hat. Diese Lösung ist schon in den Fällen des bürgerlichrechtlichen Vollmachtmißbrauchs unbefriedigend. Umsoweniger wird auf diesem Wege in den gesellschaftsrechtlichen Mißbrauchsfällen eine gerechte Beurteilung der Interessenlage erreicht, da hier der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit erkennen läßt, daß dem Dritten ein erhöhter Verkehrsschutz zuteil werden soll. Das Reichsgericht hat daher die besondere Problematik der Mißbrauchsfälle im Gesellschaftsrecht nicht klären können, zumal unerörtert blieb, warum die Prüfungspflicht des Geschäftsgegners - entgegen der früheren Rechtsprechung - nicht durch den Grundsatz der Unbeschränkbarkeit ausgeschlossen ist. Die Entscheidung ist aber für die vorliegende Problematik insofern von Bedeutung, als erstmalig in der Rechtsprechung die Notwendigkeit betont wird, auch in den Fällen der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht den Schutz des Vertretenen nicht auf die engen Kollusionstatbestände zu beschränken, sondern in allen Mißbrauchsfällen eine Prüfungspflicht des Geschäftsgegners anzuerkennen.

Das Reichsgericht hat später noch einmal zu dieser Frage beiläufig in einem Urteil vom 8. Januar 1937 ⁴⁾ Stellung genommen und wieder

1) S.o.S. 10.

2) S. o.S. 9.

3) Vgl. § 5 dieser Arbeit.

4) RG 153, 371 ff. (374).

die frühere Ansicht (RG 71, 222) vertreten. Es war zu klären, ob der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer OHG einen Dritten als stillen Gesellschafter ohne Zustimmung seiner Mitgesellschafter aufnehmen kann. Das Reichsgericht bejahte die Frage, da der Stille der Gesellschaft als Dritter gegenüberstehe. Die Unverbindlichkeit des Vertrages wurde nur für den Fall angenommen, daß ein sittenwidriges Zusammenspiel zwischen Vertreter und Drittem zum Nachteil der Gesellschaft vorliegt ¹⁾.

b) Stellungnahme des Schrifttums.

Bereits vor der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts in RG 145, 311 ff. sind einige Vertreter des Schrifttums für eine Gleichbehandlung des Vollmachtmißbrauchs und des Mißbrauchs einer gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht eingetreten ²⁾. Als erster hat sich Kipp für die Annahme einer Prüfungspflicht des Geschäftsgegners in allen Mißbrauchsfällen ausgesprochen ³⁾. Es sei kein berechtigter Grund vorhanden, wegen der unbeschränkbaren Vertretungsmacht positive Kenntnis zu verlangen. Die Grundsätze über den Vollmachtmißbrauch müßten daher uneingeschränkt auch in den anderen Mißbrauchsfällen gelten. Kipp stellt somit an die Prüfungspflicht des Geschäftsgegners in den gesellschaftsrechtlichen Fällen die gleichen Anforderungen wie beim bürgerlichrechtlichen Mißbrauch. Da Kipp hier schon leichte Fahrlässigkeit des Dritten für die Unverbindlichkeit des Geschäfts genügen läßt, gelangt er auch in den gesellschaftsrechtlichen Mißbrauchsfällen zu strengen Anforderungen an die Nachforschungs- und Erkundigungspflicht des Dritten. Das Verkehrsinteresse wird zu wenig berücksichtigt, zumal der Dritte, da er selbst fahrlässig handelte, nicht nach § 179 I BGB den Vertreter in Anspruch nehmen kann, wie Kipp selbst hervorhebt ⁴⁾. Es ist schon fragwürdig, beim bürgerlichrechtlichen Vollmachtmißbrauch eine Prüfungspflicht anzunehmen, die nicht auf die Fälle eines offenbaren Mißbrauchs begrenzt ist. Bedenken sind aber erst recht gegen die Annahme einer allgemeinen Prüfungspflicht in den gesell-

1) Im Sinne der früheren Rechtspr. auch RG, JW 1935, 1084 Nr. 7. für die Prokura.

2) Kipp, S. 286; Egger, S. 60 ff.; Dittmar, S. 40; Hammel, S. 2876 f.

3) A.a.O.

4) S. 288.

schaftsrechtlichen Mißbrauchsfällen begründet, da im Handelsrecht zugunsten des Dritten ein besonderer Verkehrsschutz aufgestellt ist. Gegen die Ansicht Kipps bestehen somit ähnliche Einwände wie gegen die vom Reichsgericht in RG 145, S. 311 vertretene Meinung ¹⁾.

Die Auffassung Kipps ist von Siebert weiterentwickelt worden ²⁾. Siebert bejaht zwar ebenso wie Kipp eine Prüfungspflicht, ist aber um eine stärkere Berücksichtigung der Drittinteressen bemüht, indem er die Sorgfaltspflicht des Geschäftsgegners begrenzt. Er sieht den Sinn der Unbeschränkbarkeit darin, daß das Vertrauen des Dritten auf die vollen Machtbefugnisse des Vertreters geschützt sein soll. Hieraus folgert Siebert jedoch nicht, daß die Nachforschungspflicht des Geschäftsgegners ausgeschlossen ist; denn der Dritte dürfe sich nicht einer Erkenntnis verschließen, die sich ihm aufdränge. Siebert gelangt nur bei grober Fahrlässigkeit zur Unverbindlichkeit des Geschäfts, da der erhöhte handelsrechtliche Verkehrsschutz eine allgemeine Nachforschungspflicht nicht zulasse. - Die Auffassung Sieberts wird eher der Interessenlage gerecht als die von Kipp vertretene Ansicht. Es ist aber fraglich, ob allein durch eine Begrenzung der Prüfungspflicht die Verkehrsinteressen genügend geschützt werden. Bejaht man bei grober Fahrlässigkeit des Dritten die Unverbindlichkeit des Geschäfts und bürdet man so dem Dritten den ganzen Schaden auf, so bleibt das Mitverschulden des Vertreters unberücksichtigt, für das der Vertretene eintreten muß ³⁾.

In neuerer Zeit ist besonders Hueck für die Annahme einer Prüfungspflicht eingetreten ⁴⁾. Er entnimmt aus den Grundsätzen über die culpa in contrahendo, daß ein Dritter sich nicht auf die Vertretungsmacht des Gesellschaftsorgans berufen könne, wenn er dessen treuloses Verhalten bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen mußte. Denn die redliche Rücksichtnahme auf die Belange des Geschäftsgegners gebiete, nicht mit einem Vertreter abzuschließen, der seine Machtstellung bewußt zum Nachteil des Vertretenen ausnutzt. Verletze der Dritte diese Pflicht, so müsse er den früheren Zustand wiederherstellen und könne daher seine

1) S.o.S. 62.

2) Siebert, Mißbrauch, S. 651 f.

3) Vgl. § 5 dieser Arbeit

4) Hueck, OHG, S. 187 f.

Rechte aus dem formal zustandegekommenen Geschäft nicht geltend machen. Hueck ist wie Siebert aus Gründen des Verkehrsinteresses bemüht, nicht zu hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Dritten zu stellen. Da der Dritte grundsätzlich annehmen könne, daß der Vertreter die Interessen der Gesellschaft verfolge, sei er zur Nachforschung nur dann verpflichtet, "wenn besondere Umstände den Verdacht eines Mißbrauchs nahelegen". Anlaß zur Nachprüfung besteht z.B., wenn der Dritte erkannt hat, daß der organschaftliche Vertreter seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet (z.B. gegen interne Abmachungen handelt). Denn dann sei der begründete Verdacht einer vorsätzlichen Schädigung zum Nachteil der Gesellschaft gegeben. Hueck trägt wie Siebert den Verkehrsinteressen zu wenig Rechnung, weil das mitwirkende Verschulden des Gesellschaftsorgans unberücksichtigt bleibt. Er wählt zwar den richtigen Ausgangspunkt, wenn er die Mißbrauchsproblematik mit der Lehre von der culpa in contrahendo zu klären sucht, führt aber seine Lehre nicht konsequent zu Ende, da die Annahme eines Ersatzanspruches gegen den Dritten notwendig eine Berücksichtigung des Mitverschuldens auf Seiten des Vertreters zur Folge hat (§§ 254 I, 278 bzw. 31 BGB) ¹⁾.

Neben Hueck bejaht auch ein großer Teil der übrigen neueren handelsrechtlichen Literatur eine Nachforschungs- und Erkundungspflicht des Dritten, wobei häufig offenbleibt, ob im Anschluß an die Reichsgerichtsentcheidung vom 5. November 1934 ²⁾ jeder erkennbare Umstand die Pflicht zur Nachprüfung hervorruft, oder ob besondere Umstände vorliegen müssen, die ein treuloses Verhalten des Vertreters nahelegen ³⁾.

Demgegenüber wird vielfach betont, daß dem Dritten nur ein wissentliches Zusammenwirken mit dem Vertreter schade, da die Annahme einer

1) Vgl. § 5 dieser Arbeit.

2) RG 145, 311 ff.

3) Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 20 II.2. c); Weipert in RGR Komm. z. HGB, § 126 Anm. 21; Schlegelberger-Geßler, § 126 Bem. 22; Baumbach-Duden, § 126 Bem. 5) D.; Schilling in Hachenburg, § 37 Anm. 12; Baumbach-Hueck, § 37 GmbHG Bem. 3); Vogel, § 37 GmbHG Bem. 3.; Großkomm. AktG., W. Schmidt, § 74 Anm. 12.; Baumbach-Hueck, § 74 AktG Bem. 3) B.; vgl. auch Rinck, S. 118 f.; Albermann, S. 38 f.; Weiser, S. 130 ff.; Groß, S. 79 f.

Prüfungspflicht mit dem Grundsatz der Unbeschränkbarkeit unvereinbar sei ¹⁾. Der zugunsten des rechtsgeschäftlichen Verkehrs aufgestellte Verkehrsschutz würde wieder aufgehoben, wenn man dem Dritten bereits fahrlässige Unkenntnis zur Last lege ²⁾. Die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht diene einer zügigen Abwicklung des Handelsverkehrs. Der Geschäftsgegner solle sich auf die gesetzlich festgelegten unbeschränkten Machtbefugnisse des Vertreters verlassen können und sei daher von jeder Nachprüfung bezüglich des Innenverhältnisses befreit ³⁾. Selbst wenn er an der Treue des Vertreters zweifle, dürfe ihm keine Pflicht zur Nachforschung auferlegt werden. Denn die widerstreitenden Interessen zwischen Gesellschaft und Drittem seien vom Gesetzgeber einseitig zugunsten des rechtsgeschäftlichen Verkehrs entschieden ⁴⁾. Diese Ansicht berücksichtigt zu wenig das Interesse der vertretenen Gesellschaft, da ihr das ganze Risiko eines Mißbrauchs aufgebürdet wird. Der Dritte wird im vollen Umfang geschützt: auf Kosten der Gesellschaft zieht er aus dem Geschäft Gewinn, obwohl er die treulose Pflichtverletzung des Vertreters durch sein fahrlässiges Verhalten ermöglicht hat. Zu dieser unbefriedigenden Lösung zwingt weder der Gesetzeswortlaut noch - wie im folgenden gezeigt werden soll - die ratio legis, die der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht zugrunde liegt.

c) Eigene Ansicht.

Der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit ist aufgestellt, um das Vertrauen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs weitgehend zu schützen. Der Geschäftsgegner, der mit einem organschaftlichen Vertreter abschließt, muß sich darauf verlassen können, daß die Vertretungshandlung im Rahmen der Machtbefugnisse des Vertreters liegt. Während

-
- 1) J. von Gierke, § 34 I. c); Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 126 Anm. 9; Staub-Pinner, § 126 Anm. 15; Brodmann, § 235 Bem. 3.; Scholz, § 37 GmbHG Bem. 5; Crüger-Crecelius, GmbHG § 37 Bem. 3; Liebmam-Saenger, § 37 Bem. II. 2.; Parisius-Crüger-Crecelius-Citron, § 27 GenG Anm. 14; Meyer-Meulenbergh, § 27 GenG Bem. 2); Stoll, S. 128 f.; Berger, S. 55 f.; Hezel, S. 70, 83 ff.; Roitzsch, S. 82; Rabenalt, S. 23 ff.; Weiss, S. 44 f.
- 2) Stoll, S. 128 f.
- 3) Roitzsch, S. 81 f.; Weiss, S. 44 f.
- 4) Berger, S. 56.

der Vertretene nach allgemeinen bürgerlichrechtlichen Grundsätzen an das Geschäft nur gebunden wird, wenn es gemäß der von ihm erteilten Vollmacht vorgenommen wurde, soll die Gesellschaft in jedem Fall geschützt werden; auch dann, wenn der dem Vertreter zugewiesene Aufgabenkreis ganz andere Arten von Geschäften mit sich bringt. Das im bürgerlichen Recht für den Dritten bestehende Risiko, daß der Vertreter die ihm erteilte Machtstellung überschreitet, soll in den Fällen der gesellschaftsrechtlichen Vertretung ausgeschlossen sein. Um dem besonderen Interesse des Handelsverkehrs an einer schnellen und sicheren Abwicklung aller anfallenden Geschäfte zu entsprechen, bleibt dem Dritten im Einzelfall eine Nachprüfung des Umfangs der Vertretungsmacht erspart. Die vertretene Gesellschaft soll die Gefahr tragen, daß ihr Vertrauensmann die von ihr gewollten Beschränkungen einhält; denn sie hat die Möglichkeit, eine geeignete Persönlichkeit auszuwählen, die ihre Befugnisse nicht überschreitet. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Geschäftsgegner in allen Fällen die zwischen Gesellschaft und Vertretungsorgan bestehenden Beziehungen außer acht lassen darf. Soweit redlicherweise nach den Grundsätzen über die culpa in contrahendo eine Rücksichtnahme von ihm erwartet werden kann, und soweit der erhöhte handelsrechtliche Vertrauensschutz durch die Annahme einer Sorgfaltspflicht nicht vereitelt wird, muß der Geschäftsgegner die Interessen der Gesellschaft berücksichtigen. Aus den Grundsätzen über die culpa in contrahendo ergibt sich, daß der Dritte nicht mit einem Vertreter abschließen darf, der bewußt zum Nachteil des Vertretenen handelt; unterläßt der Dritte eine Nachforschung, obwohl wesentliche Anhaltspunkte für einen Mißbrauch sprechen, so ist er dem Vertretenen schadensersatzpflichtig.

Diese nach allgemeinen Regeln vorhandene Prüfungspflicht des Dritten besteht auch gegenüber der vertretenen Gesellschaft, da sie mit dem Grundsatz der Unbeschränkbarkeit zu vereinbaren ist. Denn die rasche und sichere Abwicklung des Geschäftsverkehrs wird durch eine Nachforschung des Dritten nicht wesentlich beeinträchtigt. Dem Dritten ist zuzumuten, die Zweifel, die ihm an der Treue des Vertreters kommen mußten, durch eine Anfrage - je nach der Gesellschaftsform - bei den Mitgesellschaftern oder den anderen Vorstandsmitgliedern zu klären, weil eine Anfrage in der Regel ohne

wesentlichen Zeitverlust erfolgen kann. Da eine bloße Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis keine Rücksichtspflicht des Dritten hervorruft ¹⁾, wird eine Anfrage zudem in verhältnismäßig wenigen Fällen erforderlich sein. Nur wenn besondere Umstände dafür sprechen, daß der Dritte seine Pflichtstellung gegenüber der Gesellschaft nicht nur überschreitet, sondern bewußt und zum Nachteil der Gesellschaft verletzt, ist eine Nachprüfung notwendig. Diese Fälle sind nicht so häufig, als daß der Verkehr durch eine Nachforschung eine wesentliche Belastung erfährt. Eine Prüfung ist dem Dritten unabhängig davon zuzumuten, ob er auf Grund der Umstände an der Treue des Vertreters zweifelte, oder ob er dessen Untreue zwar nicht für möglich hielt, ihm aber nach den besonderen Umständen Zweifel kommen mußten. Auch im letzteren Fall hat der Dritte auf die Belange der Gesellschaft Rücksicht zu nehmen: er darf sich den Zweifeln, die ihm vernünftigerweise kommen müßten, nicht verschließen. Der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit dient nur einer raschen Verkehrsabwicklung, soll aber nicht das nachlässige Verhalten des Geschäftsgegners fördern. Gerade im Handelsverkehr muß man von den Parteien erhöhte Aufmerksamkeit und Umsicht erwarten. Die schnelle Durchführung der laufenden Geschäfte darf nicht dazu führen, daß die Belange des Vertragspartners unberücksichtigt bleiben. Die Parteien haben vielmehr ihre Interessen mit denen des Geschäftspartners weitgehend in Einklang zu bringen. Zwar ist durch den Grundsatz der Unbeschränkbarkeit der Vorrang der Drittinteressen - also der eigenen Interessen des Geschäftsgegners - sichergestellt. Soweit aber eine Rücksichtnahme auf die besonderen Interessen des Geschäftspartners ohne Beeinträchtigung eigener Belange möglich ist, muß man eine Sorgfaltspflicht bejahen und annehmen, daß die allgemeine Haftung aus culpa in contrahendo nicht durch die Unbeschränkbarkeit ausgeschlossen ist. Der Vertreter hat ein besonderes Interesse, daß der Vertragspartner auf seine Belange Rücksicht nimmt, da er dem vorsätzlichen und interessenwidrigen Verhalten des Vertreters andernfalls wehrlos ausgeliefert ist. Dies gilt in gesteigertem Maße im Gesellschaftsrecht. Denn eine treulose Vertretungshandlung des Gesellschaftsorgans ist wegen seiner starken, unbeschränkten Rechtsstellung eher möglich als der Mißbrauch einer

1) Vgl. § 9 dieser Arbeit.

bürgerlichrechtlichen Vollmacht, da die Machtstellung eines Bevollmächtigten meist nicht wesentlich über seine Geschäftsführungsbefugnis hinausgeht. Der Geschäftsgegner, der auf Grund der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht eine besondere Vorzugsstellung genießt, ist erst recht verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft nicht außer acht zu lassen ¹⁾. Es kommt hinzu, daß das treulose Verhalten des organschaftlichen Vertreters eine besonders schwere Pflichtverletzung darstellt, gleichgültig, welche Gesellschaftsform er vertritt. Dies muß der Dritte berücksichtigen. Denn je größer der Vertrauensbruch des Vertreters ist, desto eher besteht für den Dritten die Pflicht, einen Mißbrauch nicht durch fahrlässiges Verhalten zu ermöglichen, sondern zu verhindern.

Für den Mißbrauch der gesellschaftsrechtlichen Vertretungsmacht gelten demnach die gleichen Grundsätze, die beim Vollmachtmißbrauch gefunden wurden ²⁾: Der Geschäftsgegner, der das treulose Verhalten des Vertreters wegen der besonderen Umstände erkennen mußte, ist dem Vertretenen schadensersatzpflichtig, wenn er mit dem Vertreter abschließt. Die Haftung ergibt sich aus den Grundsätzen über die Lehre von der culpa in contrahendo, da der Geschäftsgegner schuldhaft die ihm aus dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis obliegende Rücksichtspflicht gegenüber dem Vertragspartner verletzt hat. Auf den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft findet § 254 BGB Anwendung; denn der vorsätzlich handelnde organschaftliche Vertreter hat den Schaden (die durch den Geschäftsabschluß eingetretene nachteilige Gestaltung der Vermögenslage) schuldhaft mitverursacht. Die Gesellschaft muß für das schuldhafte Verhalten ihres Vertreters eintreten, da dieser im Zusammenhang mit dem ihm zugewiesenen Wirkungsbereich die im eigenen Interesse der Gesellschaft gebotene Sorgfalt verletzt hat, indem er ein für die Gesellschaft nachteiliges Geschäft vornahm. Der Vertreter war mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in welcher der Schaden eintrat, betraut; denn er hatte kraft seiner Stellung die Befugnis zur Vornahme von Rechtsgeschäften ³⁾. Für die Anwendung des § 254 I BGB ist unerheblich, ob der Vertreter als Organ einer Personal- oder Kapital-

1) Vgl. Hammel, S. 2877.

2) Vgl. § 5 dieser Arbeit.

3) Vgl. RG 55, 329 (332) und o.S. 36.

gesellschaft auftritt. Im ersten Fall ist die Gesellschaft für das mitwirkende Verschulden des Vertreters nach §§ 254 I, II, 2; 278 BGB verantwortlich; im zweiten Fall ergibt sich die Anrechnung des Mitverschuldens aus §§ 254 I, 31 BGB, da hier eigenes Verschulden der juristischen Person anzunehmen ist ¹⁾.

Der Rechtsgedanke des § 254 BGB bietet die Möglichkeit, die Interessen des Dritten zu berücksichtigen und damit eine gerechte Abwägung der beiderseitigen Parteiinteressen zu erreichen. Auch die Belange des fahrlässig handelnden Geschäftsgegners sind schutzwürdig, da sein Verhalten nicht so schwer wiegt, daß man ihm die ganze Gefahr des Mißbrauchs aufbürden muß. Seiner Pflichtverletzung steht das vorsätzliche Verhalten des Vertreters gegenüber, der in erster Linie den Schaden verschuldet hat. Da zwischen den Verschuldensgraden beider Teile ein Mißverhältnis besteht, wird die Abwägung in der Regel ergeben, daß die vertretene Gesellschaft, die das Mitverschulden des Vertreters verantworten muß, die ganze Schadenslast zu tragen hat ²⁾. Damit wird aber der Schadensersatzanspruch der Gesellschaft nicht ohne weiteres hinfällig. Der Geschäftsgegner bleibt zur Ersatzleistung insoweit verpflichtet, als ihm durch die Herstellung - also durch den Verzicht auf seine Vertragsrechte - keine Nachteile entstehen. Hat er inzwischen keine Aufwendungen im Vertrauen auf seine Rechtsstellung gemacht, und ist ihm auch nicht Gewinn aus anderen Geschäften entgangen, so ist ihm die Herstellung ohne weiteres zumutbar. Denn er gibt mit einem Verzicht auf seine Rechte nur die Vorteile auf, die er von der Gesellschaft durch seine schadensersatzpflichtige Handlung erlangt hat, nämlich den ihm zugefallenen Gewinn. Hat er aber Aufwendungen gemacht, so würde die Aufgabe der Vertragsrechte für ihn ein besonderes Opfer bedeuten, da die Rechte den Ausgleich für die erbrachten Aufwendungen darstellen. In diesem Fall kann er die Ersatzleistung mit dem Einwand des mitwirkenden Verschuldens verweigern ³⁾. Die Gesellschaft kann ihrerseits den Einwand des Mitverschuldens entkräften, indem sie dem Geschäftsgegner seine Aufwendungen und den entgangenen Gewinn aus anderen Geschäften ersetzt. Jetzt ist der Gegner zur

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 110 I. 4. und Nr. 17.

2) Vgl. o.S. 41.

3) Vgl. o.S. 41.

Ersatzleistung verpflichtet. Er kann sich auf den Abschluß mit dem treulosen Vertreter nicht berufen, da ihm nunmehr die Ersatzleistung zuzumuten ist. Könnte er die Herstellung auch in diesem Falle verweigern, so hätte er im Ergebnis aus seiner schadensersatzpflichtigen Handlung Vorteile erlangt, weil er den aus seiner Pflichtverletzung erzielten Gewinn behalten dürfte. Damit würde man sich aber zu dem Rechtsgedanken des § 254 BGB in Widerspruch setzen, da diese Vorschrift als Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben nur bezweckt, die Schadenslast des Schädigers zu verringern oder auszuschließen, nicht aber dazu dienen soll, dem Schädiger den aus seiner Pflichtverletzung von dem Geschädigten erlangten Gewinn zu sichern ¹⁾.

Die hier vertretene Ansicht berücksichtigt sowohl die Interessen der Gesellschaft, als auch die des Geschäftsgegners. Die Gesellschaft wird geschützt, weil sie verhindern kann, daß der fahrlässig handelnde Vertragspartner auf ihre Kosten aus der Vertretungshandlung Nutzen zieht. Andererseits wird den Belangen des Geschäftsgegners weitgehend entsprochen, da er zur Herstellung des früheren Zustandes nur gegen Ersatz der inzwischen gemachten Aufwendungen und des entgangenen Gewinns verpflichtet ist. Der Geschäftsgegner hat im Ergebnis aus seiner schadensersatzpflichtigen Handlung weder Nachteile noch Vorteile erlangt. Diese starke Berücksichtigung des Verkehrsinteresses ist nicht nur die notwendige Folge der nach § 254 I BGB vorzunehmenden gerechten Interessenabwägung, sondern entspricht auch dem Rechtsgedanken der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht, da dem weitgehenden Vertrauensschutz Dritter im Gesellschaftsrecht Rechnung getragen wird.

§ 9 Das pflichtwidrige Handeln des Gesellschaftsorgans.

Bisher sind in den vorangegangenen Paragraphen nur solche Fälle erörtert worden, in denen der organschaftliche Vertreter seine Machtbefugnisse zum Schaden der Gesellschaft mißbraucht hat. Daneben sind auch Fälle denkbar, in welchen der Vertreter zwar seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet, aber der Gesellschaft aus

1) Vgl. o.S. 37, 41.

der Vertretungshandlung keine Nachteile erwachsen (pflichtwidrige Vertretung) ¹⁾. Schließt z.B. ein vertretungsberechtigter Gesellschafter ohne Rücksprache mit den übrigen Gesellschaftern einen Vertrag, der nach den internen Vereinbarungen der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, so hat er seine Geschäftsführungsbefugnis überschritten, auch wenn die Vornahme des Geschäfts nicht gegen die Interessen der Gesellschaft verstößt oder ein Schaden nicht nachweisbar ist. Es fragt sich, ob ein Dritter, der die pflichtwidrige Vertretung kennt oder kennen muß, aus dem Abschluß gegen die Gesellschaft Rechte herleiten kann.

Das Reichsoberhandelsgericht hatte diese Frage bejaht, da der Vertreter wegen des Grundsatzes der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht im Rahmen seiner Rechtsstellung gehandelt habe. Selbst Kenntnis von den Beschränkungen, die dem Vertreter auferlegt sind, sei ohne rechtliche Wirkung. Denn der Dritte habe in diesem Fall nur gewußt, daß eine Beschränkung gewollt war, die das Gesetz für ungültig erkläre ²⁾. Dieser Rechtsprechung des Oberhandelsgerichts hat sich das Reichsgericht ³⁾ und die überwiegende Meinung im Schrifttum ⁴⁾ angeschlossen.

Demgegenüber haben Siebert ⁵⁾ und Hammel ⁶⁾ eine Sorgfaltspflicht des Dritten bei jeder Überschreitung des Innenverhältnisses angenommen, weil der Dritte, der mit dem Vertreter gegen den erkennbaren Willen des Vertretenen abschließe, keinen Schutz verdiene.

1) Vgl. Stoll, S. 134 f. für die bürgerlichr. Vollmacht.

2) ROHG 5, 294 ff. (295).

3) RG 9, 148 f.; 57, 388 ff. (391); 71, 222; 153, 371 ff. (374); RG, JW 1935, 1084 für die Prokura; vgl. auch OLG Düsseldorf, JW 1925, 1795 Nr. 5; anders allerdings RG 145, 311 ff.; wo das Reichsgericht ganz allgemein die Unverbindlichkeit des Geschäfts bejaht, wenn der Dritte die "Zweckfremdheit" des Geschäfts erkannt hat oder erkennen mußte.

4) Vgl. etwa Hueck, OHG, S. 186 f.; J.v. Gierke, § 34 I. c); Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 126 Anm. 9; Weipert in RGR Komm. zum HGB, § 126 Anm. 21; Schlegelberger-Geßler, § 126 Bem. 22; Scholz, § 37 GmbHG Bem. 5; Schilling in Hachenburg, § 37 GmbHG Anm. 12.

5) S. 651 f.

6) S. 2875 f.

Diese Auffassung ist abzulehnen, da eine Erkundigungspflicht des Dritten nicht mit der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht zu vereinbaren ist. Der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit soll dem Dritten gerade eine Nachprüfung ersparen, um das berechtigte Vertrauen des Verkehrs auf die vollen Machtbefugnisse des Vertreters zu schützen. Die Annahme einer Prüfungspflicht "auf dem Umweg über die Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht" ¹⁾ bedeutet eine Umgehung der speziellen gesellschaftsrechtlichen Regelung. Nur wenn besondere Anhaltspunkte für ein treuloses (interessenwidriges) Handeln des Vertreters vorliegen, kann man Rücksichtnahme des Geschäftsgegners erwarten ²⁾. Erleidet die Gesellschaft durch die Vertretungshandlung keine nachteilige Gestaltung ihrer Vermögensverhältnisse, so hat sie kein besonderes schutzwürdiges Interesse an der Unverbindlichkeit des Geschäfts. Sie muß selbst dafür sorgen, daß ihre Weisungen befolgt werden. Der Geschäftsgegner hat weder das Recht noch die Pflicht, über die innere Ordnung der Gesellschaft zu wachen ³⁾. Es wird auch im Einzelfall für einen Außenstehenden schwierig sein, den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis des Vertreters zu ermitteln. Er kann nie genau wissen, ob das Geschäft nachträglich von der Gesellschaft gebilligt wird, oder ob die Befugnisse des Vertreters inzwischen erweitert wurden ⁴⁾. Die fahrlässige Unkenntnis des Geschäftsgegners von dem pflichtwidrigen Verhalten des Vertreters ist somit nicht rechts-erheblich.

Der Geschäftsgegner kann selbst dann aus der Vertretungshandlung Rechte herleiten, wenn er die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis kennt ⁵⁾. Denn in diesem Fall weiß er nur, daß der Vertreter

1) Hueck, OHG, S. 186 f.

2) S.o.S. 29.

3) Weiser, S. 132 f.

4) Hueck, OHG, S. 187, Rabenalt, S. 21

5) H.L.; vgl. RG 9, 148; 57, 391 und die auf S. 72 N. 4 angeführten Autoren; a.A. Siebert, Mißbrauch, S. 651 f.; Hammel, S. 2875 f.; Ritter, § 126 Anm. 2); Weiser, S. 134, nach Weiser muß sich die Kenntnis des Dritten nicht nur auf die Überschreitung der Weisungen beziehen, sondern auch darauf, daß die Vertretungshandlung nicht nach § 665 oder §§ 677 ff. BGB im Rahmen der Befugnisse des Vertreters liegt; einschränkend auch Rabenalt, S. 21 f.; der die Unverbindlichkeit des Geschäfts nur bejaht, wenn der Dritte von der Beschränkung auf Grund einer besonderen Mitteilung der Gesellschaft erfahren hatte.

eine interne Regelung des Geschäftsbetriebes verletzt hat, die für ihn als Außenstehenden nicht maßgeblich ist. Auch hier ist entscheidend, daß der Vertragspartner nicht dazu ausersehen ist, die innere Organisation der Gesellschaft zu überwachen. Der Grundsatz der Unbeschränkbarkeit läßt deutlich erkennen, daß für den Geschäftsgegner lediglich die unbeschränkte Vertretungsmacht, nicht aber die Geschäftsführungsbefugnis maßgeblich sein soll. Nur wenn die redliche Rücksichtnahme auf die besonderen Interessen der Gesellschaft eine Beachtung des Innenverhältnisses verlangt, kann man erwarten, daß der Dritte von dem Geschäft Abstand nimmt. Entsteht der Gesellschaft aus der Vertretungshandlung kein Schaden, so hat sie weder ein besonderes Interesse an der Unverbindlichkeit des Geschäfts ¹⁾, noch besteht in diesem Fall die Möglichkeit, die Rechtswirkungen des Geschäfts rückgängig zu machen, da es an einer Rechtsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch der Gesellschaft fehlt. Denn die Ersatzansprüche aus culpa in contrahendo und § 826 BGB setzen voraus, daß der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Ein Schaden läßt sich nicht schon damit begründen, daß der Gesellschaft ein Geschäft aufgedrängt wird, mit dessen Vornahme sie nicht einverstanden ist ²⁾. Schließt z.B. ein organschaftlicher Vertreter entgegen den ihm erteilten Weisungen einen Vertrag, der nicht in seinen Wirkungsbereich fällt, so hat der Vertreter gegen den Willen der Gesellschaft gehandelt. Durch den Abschluß muß aber nicht eine Verschlechterung der Vermögenslage der Gesellschaft eingetreten sein; es ist im Gegenteil möglich, daß für die Gesellschaft ein Gewinn erzielt wurde.

In den Fällen der sog. pflichtwidrigen Vertretung ist das Geschäft somit für die Gesellschaft immer verbindlich, gleichgültig ob sich der Dritte in fahrlässiger Unkenntnis befand oder ob er die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis gekannt hat.

§ 10 Das unbewußt interessenwidrige Handeln des Gesellschaftsorgans.

Eine Rücksichtspflicht des Geschäftsgegners gegenüber der vertretenen Gesellschaft wurde in dieser Untersuchung bisher nur in solchen

1) Vgl. o.S. 52.

2) So Brodmann, § 235 Bem. 3

Fällen angenommen, in denen der organschaftliche Vertreter die ihm eingeräumte Machtstellung bewußt zum Nachteil der Gesellschaft ausnutzt. Es fragt sich, ob man darüberhinaus eine Sorgfaltspflicht auch bejahen muß, wenn der Vertreter unbewußt die Interessen der Gesellschaft verletzt; hier will der Vertreter die Belange der Gesellschaft wahrnehmen, weiß aber nicht, daß die Gesellschaft durch die Vornahme des Geschäfts Schaden erleidet ¹⁾. Ein "Mißbrauch" der Vertretungsmacht ist in diesen Fällen zwar nach der ursprünglichen Wortbedeutung nicht gegeben, da das Wort "Mißbrauch" einen besonderen Tadel gegenüber dem Vertreter enthält und daher in seinem strengen Wortsinn eine vorsätzliche Pflichtverletzung voraussetzt ²⁾; im weiteren Sinne liegt aber ein Mißbrauch der Vertretungsmacht immer vor, wenn der Vertreter zwar seine Vertretungsmacht einhält, jedoch seine Geschäftsführungsbefugnis überschreitet. Denn dann macht der Vertreter von seinem Recht einen falschen Gebrauch: die Ausübung der Vertretungsmacht verstößt gegen die im Innenverhältnis bestehende Pflichtstellung. Es empfiehlt sich, von diesem weiteren Mißbrauchsbegriff auszugehen, um nicht auf Grund einer bloßen Wortdeutung zu dem Ergebnis zu kommen, daß das unbewußt interessenwidrige Verhalten des Vertreters Rechtswirkungen gegenüber Dritten nicht hervorruft.

Die Stellungnahme des Reichsgerichts zu dieser Frage ist nicht einheitlich. In einigen Entscheidungen verlangt es eine bewußte Pflichtverletzung des Vertreters ³⁾. In RG 145, 311 ff. (314) bejaht das Reichsgericht hingegen unabhängig von der subjektiven Einstellung des Vertreters die Unverbindlichkeit des Rechtsgeschäfts, wenn der Geschäftsgegner die Zweckwidrigkeit des Geschäfts erkennen mußte. Demnach obliegt dem Dritten auch bei unbewußtem Mißbrauch eine Nachprüfungspflicht ⁴⁾.

Im Schrifttum sind die Meinungen ebenfalls geteilt. Einige Autoren betonen, daß kein Grund für die unterschiedliche Behandlung des

1) Der Vertreter kann hierbei fahrlässig oder schuldlos handeln.

2) Stoll, S. 138.

3) RG 9, 148 f.; 58, 356 f.; 71, 222; 153, 374; vgl. auch RG, JW 1935, 1084 für die Prokura und RG 52, 99; 75, 301; RG, HRR 1933, Nr. 992 für die bürgerlichrechtliche Vollmacht.

4) Vgl. auch RG, Seuff Arch Bd. 75, Nr. 126; RG, DJZ 1930, Sp. 361; RG 134, 67 ff. (71); RG, DR 1941, 858 ff. (861) für die bürgerlichrechtliche Vollmacht.

bewußten und des unbewußten Mißbrauchs bestehe ¹⁾. Der Vertretene sei bei unbewußter Überschreitung in gleicher Weise schutzbedürftig, und dem Dritten könne eine Sorgfaltspflicht zugemutet werden. Die Unverbindlichkeit des Geschäfts setze nur unredliches Verhalten des Dritten voraus, nicht aber Kenntnis des Vertreters; denn der gute Glaube des Dritten sei von der inneren Einstellung des Vertreters unabhängig ²⁾. - Demgegenüber wird vielfach nur bei bewußtem Mißbrauch eine Rücksichtspflicht des Geschäftsgegners angenommen ³⁾. So betont Hueck ⁴⁾, daß der Dritte nicht darüber zu wachen habe, ob das Geschäft für die Gesellschaft nützlich sei. Ebenso könne der Dritte, der mit einer Selbstpartei abschließt, es der Partei selbst überlassen, daß diese ihre eigenen Belange wahrnimmt.

Hueck geht zutreffend davon aus, daß für die Lösung der vorliegenden Frage die Rücksichtspflicht des Dritten gegenüber der persönlich abschließenden Gegenpartei von Bedeutung ist, da der Vertreter in den Fällen des unbewußten Mißbrauchs nicht eigene Belange, sondern die Interessen des Vertretenen wahrnehmen will und damit die gleichen Ziele verfolgt, die der Vertretene als Selbstpartei verfolgen würde. Es ist daher zunächst zu klären, inwieweit allgemein zwischen Vertragsparteien die Pflicht besteht, die Interessen des Gegners zu berücksichtigen. -

Das vorvertragliche Vertrauensverhältnis begründet zwischen den Parteien die Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung, und bei der Erreichung der Ziele des anderen Teils mitzuwirken. Jeder Vertragsgegner hat dafür zu sorgen, daß er nicht aus eigenem unredlichem Verhalten auf Kosten des anderen Vorteile zieht, sondern muß dazu beitragen, daß Schaden von dem Vertragspartner abgewendet wird. Die Pflicht zur Schadensabwendung besteht aber nicht in allen Fällen,

- 1) Siebert, Mißbrauch, S. 650, 652; Schilling in Hachenburg, § 37 GmbHG Anm. 12; Hammel, S. 2876 f.; Albersmann, S. 36 f., 38 f.; Eckner, S. 29, 62 f.; vgl. auch Hildebrandt, S. 200 N. 164; Bäumer, S. 10 f.; Nitzsche, S. 42, Roitzsch, S. 47; Stümpfler, S. 186 f. für die bürgerlichr. Vollmacht.
- 2) Hammel, S. 2867.
- 3) Hueck, OHG, S. 187; Lehmann, Gesellschaftsrecht, § 20 II.2.c); Schlegelberger-Geßler, § 126 Bem.22; Baumbach-Duden, § 126 Bem. 5) D.; Groß, S. 13 ff., 77 ff.; vgl. auch Lehmann, § 36 VI. 4. u. Anm. zu RG, JW 1934, 684; Enneccerus-Nipperdey, § 183 I.5; Rabenalt S. 8 für die bürgerlichr. Vollmacht.
- 4) OHG, S. 187.

sondern nur wo das Gebot billiger Rücksichtnahme eine Beachtung der Interessen des anderen erfordert. Sie findet ihre Grenzen an dem ausschließlichen Interessen- und Risikobereich der Parteien ¹⁾. Die Rücksichtnahme auf den anderen muß vernünftigerweise mit den eigenen Belangen zu vereinbaren sein. Jeder Geschäftspartner hat das Recht, in erster Linie seine eigenen Interessen möglichst wirksam und energisch durchzusetzen ²⁾. Er ist nicht verpflichtet, einen vorteilhaften Geschäftsabschluß zu unterlassen, weil der Abschluß den Interessen des Gegners widerspricht. "Was am Geschäft der eine Teil gewinnt, geht zwangsläufig auf des anderen Kosten." ³⁾ Erleidet eine Partei infolge eigener Geschäftsuntüchtigkeit einen Schaden, so geht es nicht an, den Vertragsgegner hierfür verantwortlich zu machen und ihm auf dem Umweg über die Lehre von der culpa in contrahendo den Schaden aufzubürden ⁴⁾.

Die gleichen Grundsätze müssen gelten, wenn eine Partei nicht persönlich ein Rechtsgeschäft gegenüber dem Geschäftsgegner vornimmt, sondern einen Vertreter bestellt hat, der in ihrem Namen tätig wird. Erkennt der Vertreter nicht, daß das Geschäft für den Vertretenen Nachteile bringt, so ist die Interessenlage die gleiche, als wenn eine Selbstpartei den drohenden Schaden übersieht, der ihr aus der Vornahme des Geschäfts entsteht. Es besteht kein Grund, beide Tatbestände unterschiedlich zu behandeln. Ebenso wie der Vertretene die Gefahr für seine eigene Geschäftstüchtigkeit trägt, hat er auch das Risiko für die Geschäftsgewandtheit des Vertreters zu tragen. Der Vertretene kann dieses Risiko nicht auf den Geschäftsgegner abwälzen. Dies würde die Interessen des Gegners zu sehr beeinträchtigen. Ein Dritter kann es dem Vertretenen überlassen, einen geeigneten Vertrauensmann auszusuchen und seine Befähigung zu überwachen. Würde man anders entscheiden, so könnte eine Partei die Gefahr einer

1) Vgl. Soergel-Siebert, § 242 Bem. B.II. 4. a).

2) Hamburger, S. 139.

3) Beyerle, S. 17.

4) Die vorstehenden Grundsätze gelten jedenfalls bei gewöhnlichen Schuldverhältnissen; eine andere Beurteilung ist nur gerechtfertigt, wenn zwischen den Beteiligten ein besonders enges Gemeinschaftsverhältnis besteht, da in diesen Fällen eine besondere Treuepflicht gegeben ist; vgl. hierzu Hueck, Treuegedanke, S. 12 ff.

Schädigung, welche die Vornahme eines Geschäfts immer in sich birgt, weitgehend dem Gegner aufbürden, indem sie einen Vertreter bestellt und sich nachträglich - im Fall eines Schadens - auf einen erkennbaren Mißbrauch der Vertretungsmacht beruft. Dies würde aber dem starken Schutz widersprechen, den der Gesetzgeber im Vertretungsrecht zugunsten des rechtsgeschäftlichen Verkehrs aufgestellt hat: dem Dritten sollen durch die Stellvertretung keine Nachteile erwachsen (Unabhängigkeit der Vertretungsmacht). Im besonderen Maße gilt dieser Grundsatz im Gesellschaftsrecht, wo die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht erkennen läßt, daß dem Geschäftsgegner ein weitgehender Schutz zuteil werden soll.

Die Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht kann nur dazu dienen, den besonderen Gefahren Rechnung zu tragen, die dem Vertretenen durch die Stellvertretung entstehen. Der Dritte hat daher eine über die allgemeinen Grundsätze der culpa in contrahendo hinausgehende Rücksichtspflicht nur insoweit, als er redlicherweise die besonderen Gefahren berücksichtigen muß, die die Vertretung für den Machtgeber mit sich bringt. Er hat deshalb die Pflicht, ein treuloses (bewußt interessenwidriges) Verhalten des Vertreters - soweit ihm dies zuzumuten ist - zu verhindern. Eine allgemeine Pflicht, auch einem unbewußten Mißbrauch entgegenzutreten, ist hingegen nicht anzunehmen, da sich die Gefahr eines nachteiligen Geschäftsabschlusses nicht speziell aus dem Institut der Stellvertretung ergibt, sondern ganz allgemein im Geschäftsleben besteht. Denn der persönlich abschließende Geschäftsherr kann sich ebenso irren wie sein Vertreter. Häufig wird der Vertreter - was den Abschluß von Geschäften angeht - sogar über eine größere Erfahrung als der Geschäftsherr verfügen, so daß sich die Vertretung für den Geschäftsherrn in der Regel eher vorteilhaft als ungünstig auswirkt. Die allgemeinen Grundsätze über die Sorgfaltspflichten, die zwischen Selbstparteien bestehen, gelten somit auch, wenn eine Partei einen Vertreter bestellt hat, der die Interessen seines Geschäftsherrn wahrnehmen will.

Der Einwand der Gegenmeinung, daß in den Fällen des bewußten und des unbewußten Mißbrauchs die gleiche Interessenlage vorhanden sei ¹⁾,

1) Vgl. besonders Stümpfler, S. 187.

ist nicht gerechtfertigt, da das Schutzinteresse des Vertretenen bei bewußtem Mißbrauch stärker ist. Denn die Gefahr einer bewußten Schädigung der Interessen des Vertretenen ist eine besondere Gefahr der Stellvertretung: der persönlich abschließende Geschäftsherr würde seine Interessen nicht vorsätzlich verletzen. Das Schutzbedürfnis des Vertretenen ist bei bewußtem Mißbrauch auch deshalb stärker, weil die bewußte Pflichtverletzung des Vertreters schwerer wiegt als eine nur fahrlässige Pflichtverletzung. Dies gilt besonders im Gesellschaftsrecht, da die Untreue des Gesellschaftsorgans einen besonders schweren Vertrauensbruch gegenüber der Gesellschaft darstellt.

Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die culpa in contrahendo ergibt, daß der Geschäftsgegner nicht nachprüfen muß, ob die Vertretungshandlung des Gesellschaftsorgans im Interesse der Gesellschaft liegt. Der Geschäftsgegner hat nicht über die Geschäftstüchtigkeit des Vertreters zu wachen. Eine Nachprüfung würde die Leichtigkeit des Geschäftsverkehrs sehr beeinträchtigen; damit würde der Zweck vereitelt, den das Gesetz mit der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht verfolgt. Fahrlässige Unkenntnis kann dem Geschäftsgegner daher nicht zur Last gelegt werden. Selbst wenn der Geschäftsgegner weiß, daß der Abschluß nicht dem Interesse der Gesellschaft entspricht, kann man von ihm nicht erwarten, daß er von dem Geschäft Abstand nimmt. In diesem Fall ist gegen den Geschäftsgegner weder ein Anspruch aus culpa in contrahendo noch aus § 826 BGB begründet. Denn der Gegner hat keine Rücksichtspflicht im Sinne einer tätigen Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen. Die gegenläufige Interessenlage der Parteien führt in vielen Fällen notwendig zu einer Benachteiligung des anderen Teils. Der Geschäftsgegner ist nicht verpflichtet, seine Interessen zurückzustellen, um die Belange der Gesellschaft zu fördern. Ein Sittenverstoß im Sinne des § 826 BGB ist bei Kenntnis des Geschäftsgegners nicht gegeben, da keine allgemeine Verpflichtung besteht, eine Handlung zu unterlassen, die einem anderen zum Schaden gereicht ¹⁾. "Die Betätigung vornehmer Gesinnung ist im Wettbewerbe nicht zu verlangen und nicht

1) RG 58, 214 ff. (217).

zu erwarten." ¹⁾. Im Einzelfall müssen besondere Umstände vorliegen, welche die Annahme eines Sittenverstößes rechtfertigen ²⁾. Die besonderen Umstände, die beim bewußten Mißbrauch zu einer Anwendung des § 826 BGB führten ³⁾, sind beim unbewußten Mißbrauch nicht gegeben, da der Geschäftsgegner sich hier nicht an einer vorsätzlichen Verletzung eines besonderen Treueverhältnisses und damit nicht an einem schweren Vertrauensbruch beteiligt hat.

Das unbewußt interessenwidrige Verhalten des Vertreters äußert somit nicht Rechtswirkungen gegenüber Dritten. Selbst Kenntnis des Geschäftsgegners begründet keine Rücksichtspflicht gegenüber der Gesellschaft.

§ 11 Ergebnis.

Die vorliegende Arbeit hat ergeben, daß eine Lösung der Mißbrauchsfälle sich nicht aus dem Vertretungsrecht selbst ergibt. Geht man von der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht vom Grundverhältnis aus, so hat der Vertreter in den Mißbrauchsfällen im Rahmen seiner Machtbefugnisse gehandelt (außer bei arglistigem Zusammenspiel). Eine unmittelbare Anwendung der §§ 177 ff. BGB ist daher nicht möglich. Der Vorschlag Sieberts, mit der Lehre vom Rechtsmißbrauch bei Bösgläubigkeit des Dritten die Unverbindlichkeit des Geschäfts zu begründen, ist vor allem aus rechtsdogmatischen Gründen bedenklich. Indem Siebert nur bei fehlender Schutzwürdigkeit des Dritten zu einer Angleichung von Recht und Pflicht gelangt, macht er die Lehre vom Rechtsmißbrauch von einer Voraussetzung abhängig, die nicht aus dem Wesen des Rechtsmißbrauchs erklärt werden kann ⁴⁾. Eine analoge Anwendung der §§ 169 ff., 177 ff. BGB ist ebenfalls abzulehnen, da diese Vorschriften Ausnahmeregelungen darstellen, die eine Ausdehnung auf die entgegengesetzt gelagerten Fälle des Mißbrauchs der Vertretungsmacht verbieten. Insbesondere ergibt sich nicht aus §§ 170 ff. BGB eine Prüfungspflicht in den Mißbrauchsfällen, weil diese Vorschriften auf dem Rechtsscheingedanken beruhen und dem

1) RGR Komm. z. BGB, § 826 Bem. 5. n).

2) Z.B. unlautere Kampfhandlungen; vgl. oben S. 56 und RG 58, 217.

3) S.o.S. 56.

4) S.o.S. 20.

gutgläubigen Dritten nur einen über die allgemeinen Regeln hinausgehenden Schutz gewähren, ihm aber keine Sorgfaltspflicht bei bestehender Vollmacht aufbürden ¹⁾. Ebenso scheitert eine Analogie zu § 181 BGB; denn in den Mißbrauchsfällen ist eine andere Interessenlage gegeben. Während dem Tatbestand des § 181 BGB ein Interessengegensatz zwischen Vertreter und Geschäftsherrn zugrunde liegt, gilt es beim Mißbrauch der Vertretungsmacht, die gegenläufigen Interessen vom Geschäftsherrn und Drittem zu entscheiden. Mit einer analogen Anwendung des § 181 BGB bliebe das Verkehrsschutzbedürfnis unberücksichtigt, da § 181 BGB einen Gutglaubenschutz nicht enthält ²⁾.

Eine Lösung der Mißbrauchsproblematik ist daher außerhalb des Vertretungsrechts zu suchen. Will man den Schutz des Vertretenen nicht mit der exceptio doli begründen, so bleibt nur die Anwendung der Grundsätze über die culpa in contrahendo. Danach ist der Geschäftsgegner zur Prüfung verpflichtet, wenn besondere Umstände vorliegen, die für einen treulosen Mißbrauch der Vertretungsmacht sprechen. Eine Prüfungspflicht steht zu dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht nicht in Widerspruch, da es mit einer zügigen Abwicklung des Geschäftsverkehrs vereinbart werden kann, wenn der Geschäftsgegner, die sich ihm aufdrängenden Zweifel durch eine Anfrage bei dem Vertretenen beseitigt ³⁾. Hat der Gegner mit dem treulosen Vertreter abgeschlossen und seine Prüfungspflicht gegenüber dem Vertretenen verletzt, so ist er diesem Schadensersatzpflichtig. Er darf sich daher gemäß § 249 BGB auf seine erworbene Rechtsstellung nicht berufen ⁴⁾.

Da der Vertreter den Schaden als Erfüllungsgehilfe des Vertretenen vorsätzlich mitverursacht hat, ist § 254 I BGB anwendbar. Eine Herabsetzung des Schadensersatzanspruches kommt aber nur dann in Betracht, wenn der Schädiger durch die volle Ersatzleistung eine besondere Vermögenseinbuße erleiden würde. Gibt der Geschäftsgegner

1) S.o.S. 14.

2) S.o.S. 24.

3) S.o.S. 29.

4) S.o.S. 34.

lediglich die ihm von dem Vertretenen zugefallenen Vorteile auf, so ist ihm der volle Ersatz zumutbar, unabhängig von dem beiderseitigen Verschuldensgrad. Denn der in § 254 BGB enthaltene Rechtsgedanke bezweckt nicht, dem Schädiger einen Teil der ihm von dem Verletzten durch seine rechtswidrige Handlung zugefallenen Vorteile zu sichern ¹⁾. Eine besondere Vermögenseinbuße würde der Geschäftsgegner durch den Verzicht auf seine Rechtsstellung erleiden, wenn er zwischenzeitlich im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages Aufwendungen erbracht hat oder ihm Gewinn aus anderen Rechtsgeschäften entgangen ist. Denn dann gibt er nicht nur die ihm vom Vertretenen zugefallenen Vorteile auf, sondern er leidet insofern einen Vermögensverlust, als ihm der wirtschaftliche Gegenwert der aufgewendeten Gegenstände verloren geht. Solange der Geschäftsgegner Rechte gegen den Vertretenen hat, ist seine Vermögensstellung - wirtschaftlich gesehen - trotz der Auslagen nicht beeinträchtigt, da bis dahin ein Ausgleich besteht. Ebenso erleidet der nach § 122 BGB Ersatzberechtigte den Schaden nicht schon mit der Auslage der im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Erklärung aufgewendeten Werte, sondern erst mit der Anfechtung der Erklärung ²⁾. - Die Abwägung nach § 254 I BGB ergibt, daß der Vertretene die Schadenslast zu tragen hat, da zwischen den beiderseitigen Verschuldensgraden ein Mißverhältnis besteht. Der Geschäftsgegner hat gegenüber dem Schadensersatzanspruch des Vertretenen den Einwand des Mitverschuldens. Der Vertretene kann den Einwand entkräften, indem er dem Gegner die Aufwendungen und den entgangenen Gewinn aus anderem Geschäftsabschluß ersetzt. In diesem Fall kann sich der Geschäftsgegner nicht auf die erworbene Rechtsstellung berufen ³⁾.

Diese Grundsätze gelten auch, wenn der Geschäftsgegner den treulosen Mißbrauch eines Vertretungsorgans erkennen mußte. Dem Dritten ist eine Anfrage bei der Gesellschaft trotz des Grundsatzes der Unbeschränkbarkeit zuzumuten, da die rasche und sichere Abwicklung des Geschäftsverkehrs nicht gefährdet wird. Die Unbeschränkbarkeit

1) S.o.S. 37, 43.

2) S.o.S. 39 f.

3) S.o.S. 41.

soll nicht nachlässiges Verhalten des Geschäftsgegners fördern und ihm nicht die Pflicht nehmen, auf die besonderen Interessen des anderen Teils Rücksicht nehmen. Ein besonderes Interesse der Gesellschaft besteht, da die Gefahr eines Mißbrauchs im Gesellschaftsrecht besonders groß ist ¹⁾. -

Diese Lösung bedeutet keine unbillige Belastung für den Geschäftsverkehr, da der Geschäftsgegner selbst dann weitgehend geschützt wird, wenn er seine Prüfungspflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt. In diesem Fall wird das Mitverschulden des Vertreters nach § 254 I BGB berücksichtigt, und der Geschäftsgegner erleidet im Ergebnis aus seiner ersatzpflichtigen Handlung keine Nachteile. Die Gesellschaft ist andererseits von größerem Schaden bewahrt, da sie verhindern kann, daß der Geschäftsgegner sich an dem treulosen Verhalten des Vertreters bereichert. -

In den anderen Mißbrauchsfällen wird die Gesellschaft nur noch geschützt, wenn ein arglistiges Einverständnis zwischen Vertreter und Geschäftsgegner vorliegt oder der Gegner den Treuebruch des Vertreters erkannt hat (Kollusionsfälle) ²⁾. Verstößt der Vertreter lediglich gegen die ihm erteilten Weisungen, ohne daß der Gesellschaft ein Schaden entsteht, so ist das Geschäft selbst bei Kenntnis des Geschäftsgegners für die Gesellschaft verbindlich ³⁾. Auch eine unbewußt interessenwidrige Verletzung der Geschäftsführungsbefugnis äußert keine Rechtswirkungen gegenüber Dritten, da dem Geschäftsgegner nicht eine Pflicht im Sinne tätiger Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen obliegt. Denn es ist in dem Wesen des wirtschaftlichen Wettbewerbs begründet, daß jede Partei vor allem ihre eigenen Belange vertreten muß. Daher ist der Geschäftsgegner auch dann zu schützen, wenn er bei unbewußter Pflichtverletzung des Vertreters den Schaden der Gesellschaft voraussah ⁴⁾.

1) S.o.S. 68 f.

2) Vgl. § 7 dieser Arbeit.

3) S.o.S. 73 f.

4) S.o.S. 79 f..

Lebenslauf

Am 27. September 1935 wurde ich in Höxter/Weser als Sohn des Vollziehungsbeamten Heinrich Frieling und seiner Ehefrau Hedwig, geborene Braun geboren. Ich bin deutscher Staatsangehörigkeit. Nachdem ich am 3. März 1955 an der Aufbauschule in Bethel/Bielefeld die Reifeprüfung bestanden hatte, begann ich mit meinem rechts- und staatswissenschaftlichen Studium an der Georg-August Universität in Göttingen. Nach einem Studium von drei Semestern immatrikulierte ich mich an der Westfälischen Wilhelms - Universität in Münster, wo ich vom Wintersemester 1956/57 bis zum Sommersemester 1958 studierte. Am 13. Dezember 1958 bestand ich vor dem Prüfungsausschuß bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. Oktober 1959 bin ich im Landgerichtsbezirk Paderborn als Referendar tätig. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 17. Dezember 1960.

WALHALLA UND PRAETORIA VERLAG
Regensburg-München

